This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 097 769 178

HARVARD LAW LIBRARY

Received Jan 3. 1926

PROPERTY OF
STANFORD LAW LIBRARY

Ueber den

Erwerb und Schutz der Servituten

nach römischem Recht

mit

besonderer Berücksichtigung der quasi possessio und longa quasi possessio

von

Max Leopold Hedemann,
Doctor der Rechte und Kammergerichts-Auscultator.

Berlin.
W. Weber.
1864.

Ueber den

...nd Schutz der Servituten

...ach römischem Recht

mit

besonderer Berücksichtigung der quasi possessio und longa quasi possessio

von

Max Leopold Hedemann,
Doctor der Rechte und Kammergerichts-Auscultator.

Berlin.
W. Weber.
1864.

JUN - 3 1926

Inhalts-Verzeichniß.

Seite

Einleitung 1

Erstes Kapitel.

Giebt es nach römischem Recht eine Acquisitiv-Verjährung der Servituten?

A. Nach vorjustinianischem Recht.

§. 1. Ueber die usucapio servitutum 10

§. 2. Ueber die longi temporis praescriptio servitutum 13

§. 3. Ueber die sogenannte praescriptio extraordinaria sive praetoria oder longi temporis possessio servitutum 20

B. Nach justinianischem Recht.

§. 4. Die Bestimmungen Justinian's über den Erwerb der Servituten durch Zeitablauf 43

§. 5. Von dem Einfluß der unvordenklichen Zeit auf den Erwerb der Servituten 45

§. 6. Kritik über die bisherige Auffassung der in den vorigen Paragraphen behandelten Stellen 55

§. 7. Resultat und Schlußbetrachtung 69

Zweites Kapitel.

Ueber den Erwerb und Schutz der Servituten nach römischem Recht.

§. 8. Ueber die Servituten im Allgemeinen 73

§. 9. A. Erwerbsarten, welche sich auf alle Servituten gleichmäßig erstrecken 76

B. Erwerb und Schutz der einzelnen Arten der Servituten.

§. 10. Quasi possessio und traditio der Servituten im Allgemeinen 95

Seite

I. Perſonal-Servituten.

§. 11. Quaſibeſitz derſelben 108
§. 12. Beſondere Erwerbsarten derſelben 125
§. 13. Actio confessoria und negatoria 129

II. Prädial-Servituten.

1. Servitutes praediorum urbanorum.

a. Quae in patiendo consistunt.

§. 14. Quaſibeſitz derſelben 133

Beſondere Erwerbsarten für dieſe Servituten.

§. 15. Per traditionem 146
§. 16. Per patientiam 153

b. Quae in non faciendo consistunt.

§. 17. Quaſibeſitz derſelben 155

Beſondere Erwerbsarten dieſer Servituten.

§. 18. Per traditionem 166
§. 19. Per longi temporis consuetudinem 167

III. Ruſtical-Servituten.

Quaſibeſitz derſelben.

§. 20. Im Allgemeinen 170
§. 21. De itinere actuque privato 173
§. 22. De aqua quotidiana et aestiva 177
§. 23. De rivis 181
§. 24. De fonte 183
§. 25. Reſultat 184

Beſondere Erwerbsarten dieſer Servituten.

§. 26. Per traditionem 187
§. 27. Per patientiam 188
§. 28. Per longam quasi possessionem 192
§. 29. Actio confessoria und negatoria 202
§. 30. Reſultat und Schlußbetrachtung 203

Einleitung.

Unter den Controverſen des römiſchen Rechts iſt eine der älteſten die: auf welche Weiſe Servituten erſeſſen werden können. Seit dem Wiederaufleben des römiſchen Rechts durch die Gloſſatoren haben ſich bis in die allerneueſte Zeit die namhafteſten Rechtsgelehrten mit dieſer Frage beſchäftigt und ſie auf ſo mannigfaltige Weiſe gelöſt, daß man behaupten kann, ſie ſtimmen alle nur in dem einzigen Punkt überein, daß es nach römiſchem Recht eine Erſitzung, das heißt erwerbende Verjährung der Servituten, giebt. Auf welche Servituten ſich die Erſitzung erſtrecke, und was für Requiſite zu derſelben erforderlich ſeien, darüber finden ſich in der zahlreichen Literatur [1]), welche von dieſer Lehre han-

1) Unter den vielen Schriften, in welchen dieſes Thema behandelt wird, ſind beſonders folgende hervorzuheben: Cuiacius, Opera Neapolitana 1722. 1756. T. VII. p. 395 flg. — Galvanus, de usufructu cap. 12. — Jacobi Raevardi Brugensis J. C. Tribonianus, liber singularis Antverpiae 1561. — Joan. D'Avezan in Meermann's Thes. T. IV. p. 221. — Duarenus, disput. anniversar. Francofurti 1592. Lib. I. cap. 34. — Ferdinand de Retes, succisiva selectio ad legem Scriboniam in Meermann's Thes. T. VI. p. 463 flg. — Everh. Otto, dissertationum jur. publ. et priv. P. I. Traiecti ad Rhenum 1723. — Joan. Baptista Andreas Loehlein, communem opinionem de ordinaria praescriptione servitutum sine titulo currente legibus et rationi repugnare demonstrat, in einem Programm der Univerſität Würzburg von 1753. — Hofacker, principia jur. civ. Romano Germanici, cura Christiani Gmelin. Tubingae 1801. T. II. p. 294 flg. — Dabelow, über die Verjährung. Halle 1805 u. 1807. — Glück, ausf. Erläut. der Pandecten. Erlangen 1808.

delt, die verschiedenartigsten Ansichten, welche in etwa folgende Hauptklassen zerfallen.

Man nimmt an:

A. In Bezug auf den Umfang.

1) Die Ersitzung erstreckt sich nur auf die Wasserservituten. [2])

2) Nur die positiven Realservituten können ersessen werden. [3])

3) Alle Realservituten können ersessen werden. [4])

Bd. IX. p. 105 flg. — Heidelberger Jahrbücher 1817. No. 36. p. 574. — Henr. Cord. Stever, de serv. praed. Rostochii 1820. p. 235 flg. (Verdientermaßen wird diese Schrift von Unterholzner in folgender Weise kritisirt: „Wenn Schimpfreden, z. B. quo nihil magis esse potest ridiculum, o lepide dictum, valde absurda et jejuna ratio; o stolide et ignobile dictum, den Mangel gründlicher Untersuchung ersetzen könnten, so würde diese Schrift vor allen anderen den Preis verdienen.") — Sigm. Zimmern, über langjährige Ersitzung der jura in re, in den röm. rechtl. Untersuchungen für Wiss. und Ausüb. von Neustetel und Zimmern. Heidelberg 1821. Bd. I. p. 102—133. — v. Seckendorf, Bemerkungen zu der Lehre von der erwerbenden Verjährung der Grunddienstbarkeiten, insonderheit über den hierzu erforderlichen Beweis, im Arch. f. civ. Pr. Bd. IV. p. 83—112. — Beisel, über die Lehre von der Erwerbung der Servituten durch Verjährung nach römisch. und gemein. deutsch. Recht, im Arch. f. civ. Pr. Heidelberg 1830. Bd XIII. p. 380 flg. — Buch, Beiträge zu der Lehre von der Ersitzung der Servituten und dem Beweise derselben, im civ. Arch. Bd. XXXI. p. 241—268. 407—425. — Hasse, über den Beweis der Servituten-Ersitzung, im Rhein. Museum. Bonn 1828. Bd. II. p. 393 flg. — Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. 1828. Neu bearbeitet von Th. Schirmer. Leipzig 1858. — Em. Hoffmann, auf welche Weise muß bei Servituten, damit dieselben ersessen werden, der Besitz erworben und ausgeübt werden, in civil. Versuchen von Ferd. Huhn und Em. Hoffmann. Heft I. Darmstadt 1835. — Lucas, die Lehre von den Servituten. Gotha 1837. — Em. Hoffmann, die Lehre von den Servituten nach römischem Recht. Darmstadt 1838. — [illegible], kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach dem römischen Recht. Breslau 1843. — [illegible], die Ersitzung der Servituten. Erlangen [illegible]. — Elvers, die römische Servitutenlehre. Marburg 1856. p. [illegible] flg. — v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Marburg und Leipzig 1863. Bd. I. p. [illegible] flg.

2) [illegible] Diss. inaug. [illegible] § [illegible]. [illegible] § [illegible]. [illegible] vergl. Unterholzner a. a. O. § [illegible]. p. [illegible] und [illegible] a. a. O. § [illegible] p. [illegible].

3) [illegible] a. a. O. § [illegible] p. [illegible] — Stever a. a. O. p. [illegible] flg.

4) Zimmern a. a. O. p. [illegible] flg.

4) Sowohl Real- wie Personalservituten werden durch Ersitzung erworben. [5])

B. In Bezug auf die Requisite.

1) Die Servituten-Ersitzung erfordert nur fehlerlose Ausübung. [6])
2) Zur Servituten-Ersitzung bedarf es fehlerloser Ausübung und der bona fides. [7])
3) Bei der Ersitzung der Servituten ist fehlerlose Ausübung, bona fides und justus titulus erforderlich. [8])

C. In Bezug auf die Zeit.

1) Servitutes continuae werden in 10 resp. 20 Jahren, discontinuae nur durch unvordenkliche Zeit erworben. [9])
2) Alle Servituten gleichmäßig werden erworben
   a) in 10 resp. 20 Jahren; [10])
   b) wenn justus titulus vorhanden ist in 10 resp. 20 Jahren, wenn sie von einem mala fide besitzenden Nichteigenthümer bestellt sind in 30 Jahren, endlich wenn kein justus titulus vorhanden ist in 10 Jahren; [11])
   c) in unbestimmter, in jedem einzelnen Falle vom Richter festzustellender Zeit. [12])

Von diesen Unter-Abtheilungen der aufgeführten drei Hauptpunkte finden sich in den verschiedenen Schriften fast alle nur

---

5) Unterholzner a. a. O. §. 207. p. 162; vergl. Puchta, Pand. §. 188. p. 290 Note (m). — Arndt's Pandecten §. 189. p. 294. — Keller, Pandecten §. 182. p. 354. — Vangerow, Pandecten §. 351. p. 766. Nr. 4.

6) Zimmern a. a. O. p. 122. — Luden a. a. O. §. 60. p. 163 flg. — Glück a. a. O. p. 144; vergl. die in Note 5 citirten Stellen der Pandecten-Lehrbücher.

7) Dabelow a. a. O. — Unterholzner a. a. O. — Hofacker a. a. O. — Zielonacki a. a. O. — Seckendorf a. a. O.

8) Rävardus a. a. O. — D'Avezan a. a. O. — Glück a. a. O. — Bessel a. a. O.

9) Vergl. Glück a. a. O. p. 148 Note 5.

10) Vergl. die Note 5 angeführten Stellen der Pandecten-Handbücher.

11) Glück a. a. O. p. 144.

12) Zimmern a. a. O.

denkbaren Combinationen, so daß kaum zwei von den Rechtsgelehrten, die sich mit der Ersitzung der Servituten beschäftigt haben, ganz übereinstimmen.[13])

Mit Recht bemerkt daher Zimmern in seiner Abhandlung: über langjährige Ersitzung der jura in re p. 105:

„Aber ist zu keiner Zeit wenigstens eine langjährige Ersitzung an die Stelle (der durch die lex Scribonia aufgehobenen usucapio servitutum) getreten? So allgemein diese Frage bejaht wird, so unendlich verschieden sind die Ansichten über die Beschaffenheit dieser Ersitzung, und erregen schon durch ihre Mannigfaltigkeit den Zweifel an ihre Richtigkeit."

obwohl er im weiteren Verlaufe seiner Darstellung, weit davon entfernt, eine einheitliche Lösung der ganzen Streitfrage zu geben, die bereits vorhandene Verwirrung dadurch vermehrt, daß er eine neue von Niemand gebilligte Ansicht über das Requisit des Zeitablaufes aufstellt.

Ich will in den folgenden Blättern die Lösung dieser alten Controverse geben. Meine Ansicht geht dahin: der einzige Punkt, in welchem sämmtliche Rechtslehrer von den Glossatoren bis auf die heutige Zeit übereinstimmen, die Annahme einer Servituten-Ersitzung nach römischem Recht ist falsch, und aus dieser falschen Annahme ist eine grenzenlose Verwirrung entstanden, welche einen nachtheiligen Einfluß auf die Auffassung der ganzen Servitutenlehre ausgeübt hat. Es giebt nach römischem Recht gar keine Ersitzung der Servi-

13) Schon Joan. D'Avezan a. a. O. p. 221 sagt: „Difficilis profecto nodus, et in quo solvendo anxie laborant et desudant plerique Interpretum, tam veterum quam recentiorum et pauci sunt, qui rem acu tetigerint. Imo fere omnes in contrarias opiniones distracti animose confligunt, contendunt et rixantur in hac quaestione decidenda, ita ut vere dici possit, quot sunt capita, tot esse sensus." — Stever a. a. O. p. 313 a. E.: „materies, quam pertractavimus, aequiparanda est cum stabulo Augiae; quippe omnia stercore plena."

tuten. Mit Ausnahme von einigen Stellen, in welchen, wie wir später sehen werden, gesagt wird, daß Servituten weder usucapirt, noch longo tempore präscribirt werden können, wird einer erwerbenden Verjährung der Servituten im Corpus Juris gar nicht gedacht, und die sämmtlichen Rechtslehrer haben den Stellen, aus welchen die sogenannte praescriptio extraordinaria sive praetoria servitutum abgeleitet zu werden pflegt, einen Sinn untergelegt, welcher auf keine Weise gerechtfertigt werden kann. Ein sprechendes augenscheinliches Zeugniß für die Unzulänglichkeit der Stellen, aus welchen eine erwerbende Verjährung der Servituten hervorgehen soll, möchte sich schon aus folgendem Umstande ergeben: Zum Beweise einer im Corpus Juris ausgesprochenen Servituten-Ersitzung pflegen von den Bearbeitern dieser Lehre ungefähr 10 Fragmente angezogen zu werden. Es ergiebt sich nun, daß die verschiedenen Rechtslehrer, deren Ansichten, wie bereits erwähnt, über die Requisite weit auseinander gehen, nicht einmal darüber einig sind, in welchen von diesen Stellen von der Servituten-Ersitzung geredet wird, sondern daß vielmehr jede derselben einmal verworfen und von ihr behauptet wird, sie enthalte gar nichts auf eine solche Bezügliches.[14])

Das Auffallende und Gewagte meiner Behauptung, daß die Stellen trotz ihrer so vielfachen Bearbeitung bisher stets falsch aufgefaßt sein sollen, erklärt sich bei der Durchsicht der verschiedenen Schriften folgendermaßen: in den Fragmenten, welche von einer Erwerbung der Servituten durch lange Zeit hindurch stattgefundene Ausübung derselben handeln, ist stets nur von nec vi, nec clam, nec precario uti, aber niemals von bona fides oder

14) Dabelow sagt von sämmtlichen Stellen mit Ausnahme der L. 12. C. d. praescr. long. temp., sie könnten, ohne eine Ersitzung der Servituten anzunehmen, verstanden werden; und daß in der L. 12. cit. keine Servituten-Ersitzung neu begründend ausgesprochen, sondern nur das Requisit des 10- resp. 20jährigen Zeitablaufes auch auf die Servituten ausgedehnt wird, darüber sind die meisten älteren und alle neueren Rechtslehrer einig; vergl. Glück a. a. O. p. 127.

justus titulus die Rede; als nun die Glossatoren irrthümlicher Weise in diesen Stellen eine Ersitzung der Servituten ausgesprochen zu finden glaubten, ergab sich, daß diese Art der Ersitzung, wenn man bei den unzweifelhaft klaren Worten der Fragmente stehen blieb und nur fehlerlose Ausübung verlangte, aus dem ganzen sonstigen System der römischen Acquisitiv-Verjährung herausfiel, indem bei der usucapio und longi temporis praescriptio bona fides und justus titulus, und bei der sogenannten longissimi temporis praescriptio wenigstens die erstere stets erfordert wird.

Die Lösung dieses Widerspruchs und der Streit über die zu der Servituten-Ersitzung nöthigen Erfordernisse beschäftigte die späteren Rechtslehrer derartig, daß sie darüber die Prüfung der Prämisse, ob im Corpus Juris überhaupt eine erwerbende Verjährung der Servituten hingestellt werde, ganz vergaßen und sie als etwas Unzweifelhaftes hinstellten, oder bei dem Beweise derselben, wie ich später zeigen werde, in sehr oberflächlicher Weise zu Werke gingen. Sind nun in der neuesten Zeit fast alle bedeutenderen Rechtslehrer den hier in Frage stehenden Stellen zwar in so weit gerecht geworden, daß sie zugestehen, es werde in denselben lediglich fehlerlose Ausübung, aber weder bona fides noch justus titulus verlangt, so haben sie sich gerade deshalb um so mehr des Vorwurfs schuldig gemacht, eine so anomale römische Acquisitiv-Verjährung anzunehmen, ohne einen strengen quellenmäßigen Beweis derselben zu führen.

Durch die falsche Annahme der Servitut-Ersitzung ist eine ganze Reihe von Irrthümern und Controversen in der römischen Servitutenlehre hervorgerufen, welche mit der Widerlegung der Hauptsache von selbst zerfallen werden, und von denen die bedeutendsten folgende sind:

I. Daß in den Stellen, um die es sich hier handelt, das Erforderniß der bona fides und des justus titulus enthalten sein soll. Diese unhaltbare Behauptung konnte der Klarheit der Stellen gegenüber nur in Folge der grundlosen Annahme einer in denselben ausgesprochenen Servituten-

Erſitzung hingeſtellt werden, und wird ſelbſt von den letzten Vertheidigern derſelben aufgegeben werden müſſen, wenn man die Servituten-Erſitzung überhaupt verwirft. Nicht allein in gewaltſamer und ſophiſtiſcher Interpretation iſt bei dieſer Streitfrage alles nur Denkbare geleiſtet worden, wie man bei dem Nachleſen einiger der angeführten Schriften ſehen wird, ſondern es finden ſich auch ganz unbegreifliche Begriffsverwirrungen. So ſtellt z. B. Glück[15]) die Behauptung auf, daß wer nec vi, nec clam, nec precario usus est ſtets auch in bona fide ſein müſſe, und Muther[16]) iſt der Anſicht, es könne Niemand im guten Glauben und zugleich ohne justus titulus im Beſitz ſein, wenn er nicht an Verſtandesfehlern leide.

II. Hatte man einmal angenommen, daß Servituten erſeſſen werden können, ſo mußte man, da natürlich ohne Beſitz eine Erſitzung undenkbar iſt, auch eine allgemeine Beſitzlehre der Servituten aufſtellen[17]), und gelangte ſo zu einer merkwürdigen und ſchiefen Auffaſſung von der juris quasi possessio, auf welche ich natürlich hier noch nicht näher eingehen kann. Nur ſei hier angeführt, welche wunderliche Auffaſſung des Quaſi-Beſitzes der Perſonal- und Real-Servituten Savigny, der das Weſen der juris quasi possessio ganz verkannt hat, in folgenden Worten kundgiebt:[18])

„Deswegen bleibt nichts übrig, als anzunehmen, daß während des bloßen Nichtgebrauchs (ohne fremde Occupation) der Beſitz in suspenso iſt, und daß es ſich erſt durch Erneuerung des Gebrauchs oder durch Ablauf des ganzen Zeitraums zeigt, ob er in der gan-

15) Glück a. a. O. p. 132 flg.

16) Muther a. a. O. p. 17 flg.

17) Savigny, Recht des Beſitzes §. 46. p. 603.; cfr. Glück a. a. O. X. §. 685. p. 213.

18) Savigny a. a. O. §. 45. p. 578.

zen Zwiſchenzeit da geweſen, oder nicht da geweſen iſt.“

III. Die eben bemerkte falſche Auffaſſung des Quaſi-Beſitzes erzeugte, wie bei der inneren engen Verwandtſchaft der Begriffe von possessio und traditio natürlich, eine Aufſtellung einer dem römiſchen Recht ganz unbekannten allgemeinen Traditionstheorie für die Servituten, aus der die berühmteſte der neueren Controverſen, der Streit über die Art der Beſtellung von Servituten nach römiſchem Recht hervorging. Die Rechtslehrer theilen ſich bei Entſcheidung dieſer Frage in zwei Parteien. Die Einen behaupten, Servituten werden nudo pacto erworben, und traditio iſt nur für den Fall der Beſtellung durch den bona fide beſitzenden Nichteigenthümer nöthig, um die Publiciana actio zu verſchaffen, die Anderen meinen, Servituten könnten nur durch Vertrag und nachfolgende traditio, aber niemals durch erſteren allein rechtsgültig beſtellt werden. Beide Anſichten ſind falſch, indem ſie mit den Fragmenten des Corpus Juris nicht übereinſtimmen, und ſind aus der falſchen Auffaſſung von Beſitz und Tradition bei Servituten hervorgegangen.

IV. Dadurch, daß man diejenigen Stellen des Corpus Juris, welche von dem Uebergehen der Beweislaſt auf den Verklagten bei der actio confessoria ſprechen, falſcher Weiſe von Erſitzung handelnd auffaßte, wurde die ſo alte und berühmte Streitfrage über die Beweislaſt bei der actio confessoria und negatoria hervorgerufen, welche ich durch die im Folgenden zu gebende Interpretation der Stellen, welche von Erſitzung der Servituten handeln ſollen, überzeugend löſen zu können glaube.

V. Endlich entſtand durch die Annahme der Servituten-Erſitzung eine falſche Auffaſſung der vetustas, quae memoriam excedit, welcher man theils einen viel zu weit gehenden Einfluß zuſchrieb, theils jede Einwirkung auf

die Servitutenlehre und das Privatrecht überhaupt absprach.

Der Gang meiner Abhandlung ergiebt sich aus der Sache selbst. Ich werde im ersten Kapitel nachweisen, daß bisher eine Servituten-Ersitzung nach römischem Recht irrthümlich angenommen worden ist, und im zweiten Kapitel über die Einwirkung der falsch aufgefaßten Stellen auf das System des römischen Privatrechts, d. h. dem Inhalte dieser Fragmente gemäß, über den Schutz der Servituten nach römischem Rechte reden.

Die ganze Frage, welche ich hier behandeln werde, hat übrigens keineswegs ein blos antiquarisches römisch rechtliches Interesse, sondern die Consequenzen derselben zeigen sich noch heut zu Tage wirksam, indem die falsche Auffassung dieser alten römischen Lehre in die Gesetze fast aller europäischen Staaten entweder ganz oder theilweise Eingang gefunden hat, und am vollständigsten in das Allgemeine Preußische Landrecht aufgenommen worden ist.

Erſtes Kapitel.

Giebt es nach römiſchem Recht eine Acquiſitiv-Verjährung der Servituten? [19])

A. Nach vorjuſtinianiſchem Recht. [19b])

§. 1.

Ueber die usucapio servitutum.

Im Titel der Pandecten de usurpationibus seu usucapionibus (41, 3.) findet ſich in L. 4. §. 29. folgendes Fragment von Paulus:

Eam sustulit usucapionem lex Scribonia, quae servitutem

19) Die Beantwortung dieſer Frage war ſchon Gegenſtand meiner dissertatio inauguralis „Quanta sit temporis vis in servitutibus jure Romano acquirendis?“ Berolini 1862. Ich will hier eine weitläufigere Widerlegung geben und im zweiten Kapitel nachholen, was ich bei meiner Dissertatio inauguralis ſchuldig geblieben bin, in der ich gezeigt, daß mehrere Stellen des Corpus Juris ſeit dem Wiederaufleben des römiſchen Rechts falſch aufgefaßt worden, aber nicht nachgewieſen habe, wie die richtige Auffaſſung mit dem ſonſtigen Syſtem des römiſchen Rechts verſöhnt werden kann.

19b) Obwohl eine ſolche hiſtoriſche Scheidung bei Behandlung von Stellen, die ſämmtlich dem Corpus Juris angehören, keineswegs gebilligt wird, erſchien es doch paſſender, dieſe Theilung, welche ſich in den meiſten Abhandlungen findet, auch hier beizubehalten, indem dadurch die Widerlegung im Ganzen erleichtert wird.

constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat, sublata servitute.

Hierin wird gesagt, daß eine lex Scribonia, ein Gesetz, welches nur in dieser Stelle erwähnt wird [20]), zwar die acquisitive, aber keineswegs die extinctive usucapio servitutum verboten habe. Folgt nun zwar hieraus von selbst, daß einmal eine acquisitive usucapio servitutum bestanden haben muß, so wird uns doch über die Art und Weise und Ausdehnung derselben eben so wenig wie über das Alter und den Urheber der lex Scribonia in irgend einer anderen Stelle etwas Genaueres gesagt.

Höchstens könnten hier noch die Worte von Paulus in L. 14. pr. D. d. servit. (8, 1.) in Betracht kommen:

„Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur; vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo tamque continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.“

Diese Stelle ist durch Mißverständnisse in zweifacher Hinsicht von Bedeutung geworden.

Erstens hat man, indem man dieselbe sowohl grammatisch wie dem Inhalte nach falsch auffaßte, aus ihr Veranlassung zu schweren und angereimten Angriffen auf Paulus genommen. Man bezog nämlich die Schlußworte „idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur“ nicht blos auf den in den

20) Ueber das Alter des Gesetzes fehlt uns jede nähere Angabe. Es ist daher den vagen Vermuthungen ein weites Feld geöffnet, welches auch hinreichend, jedoch ohne jedes einigermaßen sichere Resultat, ausgebeutet worden ist. Die verschiedenen Ansichten gehen dahin: Cuiacius, Balduin, Joan. D'Avezan setzen die lex Scribonia in das Jahr 603 a. u. c. — Hotomanus 677 a. u. c. — M. Aurel Galvanus 719 a. u. c — Raevardus, Fr. Ramos Del Manzano, Ferd. de Retes, Greg. Maiansius, Luchtmann 769 a. u. c. — Vergl. Dabelow a. a. O. §. 37. p. 186 Note 6 und Glück a. a. O. Bd. IX. §. 629. p. 109.

Anfangsworten bis „usu non capiuntur“ ausgesprochenen Gedanken, sondern auch auf die in Bezug auf servitutes praediorum rusticorum folgende Begründung desselben, und warf, indem man glaubte, daß in dieser Stelle der historische und factische Grund der lex Scribonia gegeben werden solle, Paulus vor, er habe irrthümlicher Weise Incontinuität der Urban-Servituten überhaupt behauptet und dadurch gezeigt, daß er den wahren Grund der lex Scribonia selbst nicht mehr gewußt habe. [21])

Offenbar begründet Paulus das durch die lex Scribonia geschaffene positive Recht theoretisch für die Rustical-Servituten dadurch, daß er zeigt, die Natur und das Wesen derselben sei mit der usucapio ganz unverträglich, und stellt am Schluß ohne Begründung den Satz hin, Urban-Servituten könnten ebenfalls nicht usucapirt werden. [22])

Zweitens leitete man aus dem citirten Fragment eine Eintheilung sämmtlicher Servituten in continuae und discontinuae ab, welche in solcher Weise im Corpus Juris gar nicht hingestellt wird, und zog aus dieser Eintheilung Folgerungen für das Servitutenrecht vor [23])

---

21) Glück a. a. O. p. 112: „allein die hier angeführten Gründe sind so beschaffen, daß sie Jeden bei genauerer Prüfung überzeugen, Paulus habe den wahren Grund des Gesetzes selbst nicht mehr gewußt. Joan de Water, Gregor Maianstus und Everh. Otto haben dieses ausführlicher gezeigt.“ — Dabelow a. a. O. §. 37. p. 186: „selbst Juristen, die unter und kurz nach Hadrian lebten, wußten ihn — den Grund — nicht mehr, sondern suchten den Grund des Verbots der Usucapion bei Servituten in Dingen, worin man ihn bei etwas historischen Kenntnissen doch gar nicht suchen darf.“ Eine richtige Auffassung dieser Stelle findet sich bei Francke, Civilr. Abhandl. Göttingen 1826 p. 161.

22) Unterholzner a. a. O. §. 196. p. 136: „Der erste, aus der unkörperlichen Natur der Dienstbarkeitsrechte hergenommene Grund gilt allerdings auch für sie (serv. praed. urb.); allein dieser Grund ist offenbar kein ursprünglicher, sondern nur ein aus der Beobachtung des geltenden Rechts gefolgerter.“ — Vergl. Puchta, Institut. II. §. 256. p. 811.

23) Die Controverse, welche Servituten vor der lex Scribonia usucapirt werden konnten und welche nicht, ist bei der Lage der Quellen eine hoffnungslose und deshalb müßige; vergl. über dieselbe Joan. D'Avezan a. a. O. Tom. IV. pars IX. cap. III. u. IV.

und nach [24]) dem Scriboniſchen Geſetz, welche als in den Quellen nicht ausgeſprochen zu verwerfen ſind und auf die ich im weiteren Verlaufe dieſes Kapitels genauer eingehen werde.

Das Einzige, was aus den beiden angeführten Stellen mit Sicherheit gefolgert werden kann, iſt, daß es urſprünglich eine acquiſitive usucapio servitutum, zweifelhaft in welcher Ausdehnung, gab, dieſe aber ſpäter durch eine lex Scribonia, von der uns nicht bekannt iſt, von wem oder wann ſie erlaſſen worden iſt, wieder aufgehoben wurde. [25])

§. 2.

Ueber die longi temporis praescriptio servitutum.

Im vorigen Paragraphen haben wir geſehen, daß eine usucapio servitutum nach der lex Scribonia nicht mehr ſtattfand; es fragt ſich nun, ob nicht durch longi temporis praescriptio Servituten erworben werden können. Ueber dieſen Punkt äußern ſich die meiſten Rechtslehrer folgendermaßen:

Die lex Scribonia iſt eine lex prohibitiva. Dem Prätor wird nun zwar die potestas juris civilis adjuvandi, supplendi, corrigendique zuertheilt [26]), keineswegs hat er aber die Macht, gegen eine lex prohibitiva aufzutreten und was ſie verbietet, eſſentiell, wenn auch auf etwas andere Weiſe, doch zu gewähren;

---

24) Otto a. a. O. § 7. p. 430: „Practicorum vero antesignani Bartolus et Baldus famosam in hac quaestione distinctionem, inter servitutes continuas et discontinuas introduxerunt, quos deinde Balbus, Caepolla, Fachinaeus et plerique alii, ut grus gruem secuti sunt."

25) Ueber die Stelle von Paulus, S. R. I. 17. §. 2. und des Aggenus Urbicus (Hyginus de generib. controv. ed. Lachm. p. 126. v. 2. sqq. vergl. im comment. p. 12. v. 12. sqq), in welchen einige wenige usucapio servitutum ausgeſprochen finden wollen, vgl. Unterholzner a. a. O. §. 195. p. 132 sqq. Die erſte Stelle ſagt, daß eine Waſſer-Servitut, welche man einige Zeit nicht ausgeübt hat, beſtehen bleibt, ſobald man vor Ablauf des zweiten Jahres wieder Gebrauch von ihr macht, und in der zweiten iſt von der Ausſchließung des Grenzrains von der usucapio die Rede.

26) L. 7. §. 1. D. d. O. J. (1, 1.)

deshalb können Servituten nach Erlaß der lex Scribonia nicht longo tempore präscribirt werden. [27])

Das Resultat, zu dem die Rechtslehrer auf diesem abstracten Wege gelangen, findet sich im Corpus Juris in L. 10. §. 1. D. d. usurp. (41, 3.) direct ausgesprochen; Ulpian sagt:

Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint.

Das heißt: Servituten können an und für sich — wenn sie nicht schon auf irgend eine Weise gültig bestellt vorhanden sind — nirgends, nämlich weder bei Urban- noch bei Rustical-Grundstücken, longo tempore erworben werden; jedoch erwirbt man, wenn man Gebäude longo tempore capirt, die bereits zu Gunsten derselben bestellten Servituten zugleich mit.

Daß dies der natürlichste und dem Wortlaut am meisten entsprechende Sinn des Fragmentes sei, geben alle Rechtslehrer zu, meinen jedoch, die Stelle könne in dieser Weise nicht aufgefaßt werden, da sie sonst mit mehreren anderen Fragmenten des Corpus Juris, in welchen zwar nicht longi temporis praescriptio, aber doch ein Erwerb der Servituten longo tempore ausgesprochen werde, nicht in Einklang zu bringen sei. Diesen vermeintlichen Widerspruch suchen sie auf verschiedene Weise zu lösen.

Einige [28]) legen dem citirten Fragmente dieselbe Bedeutung

---

27) Vergl. Dabelow a. a. O. §. 48. p. 215.

28) Otto a. a. O. §. 7. p. 423: „Sed utut voces longo tempore infarsisse Tribonianum non invitus largiar, hoc amplius tamen nihil peccavit, quia servitutes solae usucapi non poterant, cum aedibus vero, ut bonitas salubritas, ceteraeque qualitates, sunt usucaptae: quia multa per consequentiam fiunt, quae directo non conceduntur.“ — Glück a. a. O. p. 121 Anm. 30.: „Allein die Frage war, ob nicht auch der Eigenthümer oder redliche Besitzer eines Grundstücks für dasselbe eine Servitut erst durch Präscription erwerben könne. Diese Frage entscheidet Ulpian nach dem Rechte seines Zeitalters verneinend. Da indessen Tribonian die Fragmente aus den Schriften der römischen Juristen oft in einem anderen Sinne in Justinian's Gesetzsammlung aufgenommen hat, als welchen sie ursprünglich hatten, wie ich schon öfters in diesem Commentar bemerkt habe, so kann man nun die Stelle Ulpian's mit van de Water auch ganz füglich in

unter wie L. 1. §. 1. D. comm. praed. (8, 4.), wo Ulpian mit den Worten:

nemo potest servitutem acquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.

den allgemeinen Grundsatz ausspricht: nur der Besitzer eines Grundstücks könne eine Prädial-Servitut erwerben. Ueber diese Art der Auffassung sagt Zimmern:[1])

„Einige helfen sich freilich durch die Erklärung, daß hier blos das Erwerben einer Servitut ohne herrschendes Grundstück,

---

dem Sinne nehmen, daß Niemand eine Servitut durch Verjährung erwerben könne, der nicht Eigenthümer des herrschenden Guts ist, dem die Servitut zum Nutzen gereicht. Diese Erklärung wäre denn auch dem allgemeinen Grundsatz gemäß, den Ulpian in L. 1. D. comm. praed. lehrt. — Stever a. a. O. p. 301: „Uno quoque modo — Donellus putat — capi servitutes per consequentiam, cum usucapiantur cum praediis. — Haec maximi viri sententia innititur in fragmento quodam Ulpiani hujusmodi L. 10. §. 1. D. d. usurp. An vero putas, Ictum pertritissimum illud voluisse dicere hoc loco, servitutes rem sequi, cui debeantur. O stolide et ignobile dictum! Quasi Ulpianus non scisset, capitis deminutione non amitti servitutem, sed retineri praedii nomine; retineri etiam per malae fidei possessorem! Quid capione opus est servitutis jam debitae .... Hoc autem Ictus ait: servitutes per se, id est sine aedificiis seu fundo, capi non possunt. — Vulgare quidem. — Bessel a. a. O. p. 402: „Es ist hier noch zu erwägen, ob die Stelle ex. Ulp. Ed. L. 10. §. 1. d. usurp. die Anwendung des Begriffes der longi temporis possessio auf Servituten ausschließe? .... Die Stelle hat darum — weil Interpolation stattgefunden haben soll — nicht minder einen dogmatischen Werth. Sie scheint der L. 20. §. 1. D. d. aeq. rer. dom. zu entsprechen und sich nur darauf zu beziehen, daß ein eigentlicher Besitz, possessio bei Servituten, als unkörperlichen Sachen, nicht vorkommt, wogegen sie als Zubehör eines Grundstücks mit diesem zugleich ersessen werden können." — Vergl. Puchta, Inst. II. §. 256. p. 810. — Vangerow a. a. O. Bd. I. p. 763 a. E.: „Am wahrscheinlichsten versteht man dieselbe (L. 10. §. 1. cit.) mit van de Water so: es sei keinem Zweifel unterworfen, daß man, ohne Eigenthümer eines bestimmten Grundstücks zu sein, keine Servitut ersitzen könne; und diese Erklärung ist wohl zutreffender, als die von Thibaut, wonach darin nur eine translative Verjährung verboten sein soll."

1) Zimmern a. a. O. p. 110.

dem ſie nütze, verſagt werde; allein wie ſollte dieſe allzu triviale, auch den Worten gar nicht entſprechende, Bemerkung noch gar durch ein hoc jure utimur eingeleitet werden?“

Außer dieſer richtigen Bemerkung von Zimmern läßt ſich noch Folgendes gegen eine derartige Interpretation der citirten Stelle anführen:

Einmal ſind beide Fragmente aus den Schriften deſſelben Juriſten — Ulpian's — genommen, und es müßte jedenfalls auffällig erſcheinen, daß dieſer denſelben Grundſatz erſt in L. 1. §. 1. cit. mit ſo unzweifelhaft klaren Worten und dann in L. 10. §. 1. cit. in ſo künſtlicher Weiſe ausgedrückt haben ſollte; ſodann aber ſteht das in zweiter Stelle citirte Fragment in dem Titel „communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum“, wo der Ausſpruch dieſes allgemeinen Grundſatzes ganz am richtigen Orte iſt, während die L. 10. §. 1. cit. im Titel „de usucapionibus seu usurpationibus“ enthalten iſt, wo es doch in der That nicht nahe liegt, den für die Servituten im Allgemeinen geltenden Satz, der ſich auf alle Erwerbsarten bezieht, bei dem ſpeciellen Falle der longi temporis capio in der Art hervorzuheben. — Es möchte faſt zu viel zu der Widerlegung einer ſolchen Auffaſſung der L. 10. §. 1. cit. geſagt ſein, da ja die Vertheidiger derſelben ſelbſt einräumen, daß der zuerſt hingeſtellte Sinn der nächſtliegendſte, und ihre Deutung nur durch vermeintlichen Widerſpruch mit anderen Corpus Juris-Stellen hervorgerufen worden iſt.

Andere, und ihre Zahl iſt die bei weitem größere, verwerfen dieſe Art der Interpretation und ſuchen auf folgende Weiſe den offenbaren Sinn der L. 10. §. 1. cit. zu umgehen. Sie behaupten, es habe wahrſcheinlich die Stelle Ulpian's urſprünglich gelautet:

„ut servitutes per se nusquam usu capi possint, cum aedificiis possint.“

Die Compilatoren aber wären gewohnt geweſen, ſtatt usu capi ſtets longo tempore capi zu ſchreiben, wo es ſich um unbewegliche

oder unkörperliche Sachen gehandelt hätte, und hätten auch in diesem Falle die Aenderung vorgenommen. [30])

30) Von den älteren Schriftstellern gehören hierher: Jan. a. Costa in Comm. ad pr. I. d. serv. — Galvanus a. a. O. cap. XII. §. 4. — Branchu, Observ. jur. Rom. cap. XVII. — Joan. d'Avezan a. a. O. P. IX. cap. 6. — Westphal, de lib. et servitut. §. 830. — Cfr. Glück a. a. O. p. 121 Anm. 30. — Wilhelm Franke, civilistische Abhandlungen, Göttingen 1826. III. Abhandlung p. 142 (über die vertragsmäßige Bestellung der Servituten): „ob solche Interpolationen aber auch in die übrigen Rechtssätze hineinpaßten, das war bei solchen Aenderungen nicht immer ihre — nämlich der Compilatoren — Sorge. Das klarste Beispiel einer solchen gedankenlosen Aenderung liefert wohl die L. 10. §. 1. D. d. usurp., wo wir lesen hoc jure utimur etc., da doch Ulpian sichtlich geschrieben usucapio. — Unterholzner a. a. O. p. 144 §. 198.: „Freilich sagt Ulpian (L. 10. §. 1. D. d. usurp.): Hoc jure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, etc. Diese Stelle hat den Auslegern viel zu schaffen gemacht. Ueber ihre ursprüngliche Bedeutung scheint kein Zweifel zu sein. Ulpian schrieb höchst wahrscheinlich „ut servitutes per se nusquam usu capi possint", und das nusquam sollte ausdrücken, daß weder bei italischem Grund und Boden, noch auch in den Provinzen eine usucapio stattfinden könne. Aber was bezweckte man, indem man die Stelle so verändert, wie sie jetzt vor uns liegt, in die Digesten aufnahm? Wohl schwerlich konnte man dabei aufmerksam machen wollen, daß die in anderen Stellen erwähnte Verjährung durch longum tempus keine Verjährung von 10 oder 20 Jahren sei, wie die longo tempore capio, die im justinianischen Rechte zur Erwerbung des Eigenthums bei unbeweglichen Gegenständen vorkommt. Wäre dieses Absicht gewesen, so hätte vor allen Dingen der zweideutige Ausdruck longo tempore geändert und mit einem bestimmteren vertauscht werden müssen. Meine feste Ueberzeugung ist noch immer diese, daß die Verfasser der Digesten von dem Vorwurf der Flüchtigkeit nicht freigesprochen werden können. Sie waren gewohnt, den Ausdruck usu capere, wo er in Beziehung auf unbewegliche Sachen vorkommt, mit longo tempore capere zu vertauschen, und so geschah es denn auch hier, obgleich die Stelle am besten ganz weggeblieben wäre." — Bessel a. a. O. p. 402: „Daß die Worte longo tempore capi durch Interpolation an die Stelle von usu capi getreten sind, ist schon früher bemerkt worden." — Savigny, System IV. §. 197. p. 194 Note d am Ende: „Ein Bedenken könnte man finden in L. 10. §. 1. D. d. usurp. Allein es ist hier nur die auch sonst öfter wiederkehrende und überflüssige Interpolation „longo tempore capi" für usu capi überall, wo von Immobilien die Rede ist." — Neuerdings bricht noch Zielonacki in seinen kritischen Erörterungen über die Servitutenlehre p. 200

Das Interpoliren ist ein sehr bequemes und leichtes Mittel, um sich, wenn man auf Schwierigkeiten stößt, aus der Verlegenheit zu ziehen, aber auch ein sehr schlimmes und gewagtes, welches man nur nach der gründlichsten Prüfung [31]) und in einem augenscheinlich klar liegenden Falle gebrauchen darf. Leichtfertig angewandt bewirkt es Verdunkelung der alten Lehren und hemmt das Fortschreiten der Wissenschaft, indem man, wie sich dies im vorliegenden Falle deutlich zeigt, den vermeintlichen Irrthum als etwas unzweifelhaft Ausgezeichnetes annimmt, und die etwa mögliche Beseitigung und Aufklärung eines Widerspruchs der Quellen von vorn herein aufgiebt. Wenn daher die oben (S. 17 Note 30) aufgeführten Schriftsteller den Compilatoren den Vorwurf der

---

Anm. 9 mit folgenden Worten in Lobeserhebungen über die angeführte unbedachte Aeußerung Unterholzner's aus: „Daß diese Stelle (L. 10. §. 1. cit.) ursprünglich so gelesen wurde: „hoc jure utimur, ut servitutes per se nunquam usucapi possint" (d. h. weder bei italischen noch bei Provinzial-Grundstücken), wird allgemein und mit Recht angenommen. Freilich sind die Compilatoren, wie Unterholzner sehr richtig bemerkt, von dem Vorwurf der Flüchtigkeit nicht frei zu sprechen. Sie waren, meint er, gewohnt, überall, wo früher usu capi in Bezug auf die unbeweglichen Sachen stand, longo tempore capi zu setzen, und so haben sie es auch hier gethan, wiewohl das Wort nicht paßt, indem die Servituten-Ersitzung mit der longi temporis praescriptio nicht identisch ist." — Puchta, Instit. II. §. 256. p. 810 Anm. q. — Arndt's Pandecten §. 189 p. 295 Anm. 1: „Hoc jure utimur ut servitutes etc., worin eine unpassend angebrachte Interpolation longo tempore capi statt usu capi enthalten." — Vangerow, Pandecten §. 351. p. 763 a. E.: „denn daß ursprünglich statt longo tempore capi hier usu capi stand und darin nur der Satz ausgesprochen wurde, es gebe keine Usucapion der Servituten, ist kaum zu bezweifeln." — Von den hier angeführten Schriftstellern kann man dasselbe sagen, was Otto über die Vertheidiger der Grundeintheilung der Servituten in continuas und discontinuas äußert (Anm. 19).

31) Daß die Interpolation hier ohne gründliche Prüfung vorgenommen ist, werde ich später ausführlich zeigen. Als Beweis der Richtigkeit meiner Behauptung, die mögliche Lösung des Widerspruches werde durch solches Verfahren ganz aufgegeben, ist anzuführen, daß Muther, der Verfasser der neuesten Monographie über die Servituten-Ersitzung, den Widerspruch zwischen der L. 10. §. 1. cit. und einer 10- resp. 20jährigen Servituten-Ersitzung gar nicht mehr erwähnt.

Flüchtigkeit und Gedankenlosigkeit machen, so fällt dieser lediglich auf sie selbst zurück. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß durch die vorgenommene Interpolation der damit beabsichtigte Zweck nicht einmal erreicht worden ist. Selbst wenn man annehmen wollte, es sollte in der Stelle eigentlich statt longo tempore capi, usu capi stehen, ist es immerhin wunderbar, daß da, wie die Rechtslehrer behaupten, die Servituten auf eine noch viel leichtere oder mindestens eben so leichte Weise als durch usucapio nach Justinianischem Recht ersessen werden können, zu wiederholten Malen im Corpus Juris darauf aufmerksam gemacht werden sollte, daß Servituten durch usucapio nicht erworben werden können.

Zimmern, welcher das Unhaltbare und Unnütze der Interpolation fühlt, ist gerade durch das Bestreben, die L. 10. §. 1. cit. in ihrer natürlichen Bedeutung mit den Stellen, welche von Ersitzung der Servituten handeln sollen, in Einklang zu bringen, zu seiner merkwürdigen und von Niemand anerkannten Auffassung über das Requisit des Zeitablaufes verleitet worden. [32])

Das Ergebniß der Quellen ist also, daß Servituten durch longi temporis capio eben so wenig wie durch usucapio erworben werden können.

Gehen wir nun zur Betrachtung derjenigen Stellen über, welche die Rechtslehrer veranlaßt haben, den offenbaren Sinn der L. 10. §. 1. cit. nicht anzuerkennen und dieses Fragment auf eine so gesuchte und gewaltsame Weise zu erklären.

---

32) Zimmern a. a. O. p. 110: Wäre aber diese — die longi temporis capio — nicht verschieden von der dem Ermessen des Richters anheimgestellten Servituten-Erwerbung, wie sollte der Widerspruch dieser Stelle, denke man sie interpolirt oder nicht, zu entfernen sein?

§. 3.

Ueber die ſogenannte praescriptio extraordinaria sive praetoria[33]) oder longi temporis possessio servitutum.

Es giebt nach römiſchem Recht eine dreifache Art von Acquiſitiv-Verjährung: usucapio, longi temporis praescriptio und praescriptio triginta vel quadraginta annorum. Dieſe drei Arten ſind bei Servituten ausgeſchloſſen, indem es, wie gezeigt worden iſt, in den Quellen heißt: Servituten können weder durch usucapio noch durch longi temporis capio erworben werden. Nach dieſem Quellenausſpruch muß oder ſollte wenigſtens Jeder vermuthen: es giebt gar keine Acquiſitiv-Verjährung der Servituten, und eine ſolche würde den in den beiden vorhergehenden

33) Zimmern a. a. O. p. 105 flg.: „Der Kunſtausdruck für die langjährige Erſitzung beim Eigenthum iſt longi temporis praescriptio (Paul, V. 2. §§. 3., 4. C. 7, 33 — 35), wohl auch longae possessionis praescriptio (L. 3. 12. D. d. div. temp. praescr. L. 76. D. d. contr. emt.), einmal diutinae possessionis praescriptio (L. 9. D. d. div. temp. praescript.) und diuturni silentii praescriptio (L. 1. C. d. comm. rer. alien.), alſo immer praescriptio als das techniſche. Nicht ein einziges Mal kommt dieſer Ausdruck bei Servituten vor; vielmehr wird dort geſprochen, um es vollſtändig anzugeben, von einem jus nancisci „diuturno usu et longa quasi possessione", einer „longae possessionis praerogativa ex eo quod diu usus est hac servitute", davon, daß „qui diu usus est servitute — habuisse longa consuetudine velut jure impositam servitutem videatur", von einer „longi temporis consuetudo" und einem tempore quaerere oder acquirere und dann auch wieder von einem Schutz der vetustas oder deſſen „cujus origo memoriam excessit". Dieſe gefliſſentliche Vermeidung des Ausdrucks praescriptio iſt ſo auffallend, daß dieſe Bemerkung nicht neu ſein kann." — So richtig dieſe Bemerkung iſt, ſo wenig hat der Umſtand, daß die für die Erſitzung gebräuchlichen Ausdrücke in den fraglichen Stellen nie vorkommen, Zimmern und alle anderen Rechtslehrer darauf hinführen können, daß in dieſen Stellen von einer Erſitzung wohl gar nicht die Rede ſei. Vielmehr gehen die meiſten ſo weit, daß ſie die in den Stellen irrthümlich gefundene Servituten-Erſitzung gerade mit dem in den Quellen ſorgfältig vermiedenen Ausdrucke bezeichnen, indem ſie von einer praescriptio extraordinaria sive praetoria servitutum ſprechen.

Paragraphen behandelten Stellen gegenüber nur dann zugegeben werden können, wenn nachgewiesen würde, daß sie in anderen Fragmenten auf das Allerbestimmteste und Unzweifelhafteste ausgesprochen würde, wird jedoch zu verwerfen sein, sobald diese Stellen mit den ersten übereinstimmend aufgefaßt werden können. Wollen wir nun prüfen, ob in den in diesem Paragraphen zu behandelnden Stellen eine Acquisitiv-Verjährung der Servituten, wie die sämmtlichen Rechtslehrer behaupten, ausgesprochen wird, so müssen wir uns zunächst fragen, woran werden wir überhaupt eine Acquisitiv-Verjährung erkennen und was ist das Wesen derselben? Hierauf ist zu antworten: Das Essentielle jeder erwerbenden Verjährung besteht darin, daß Jemand, der ein Recht unter gewissen Voraussetzungen eine bestimmte Zeit hindurch ausgeübt hat, jedem Anderen gegenüber bei diesem Rechte geschützt und, falls er es verloren, wieder in den Besitz desselben gesetzt wird, auch wenn nachgewiesen worden, daß er dasselbe nicht auf eine den sonstigen Gesetzen entsprechende Weise erworben hat.

Hiernach wird also nur dann der L. 4. §. 29. D. d. usurp. (41, 3) und L. 10. §. 1. D. eod. gegenüber eine erwerbende Verjährung der Servituten zugegeben werden müssen, wenn in irgend einer Stelle des Corpus Juris klar und bestimmt gesagt wird, daß, wer eine Servitut nicht auf eine den sonstigen gesetzlichen Vorschriften entsprechende Art erworben, sie aber auf eine gewisse Weise eine bestimmte Zeit hindurch ausgeübt hat, bei dieser Ausübung, sei es durch interdictum oder actio, gegen Jeden geschützt werden solle, auch wenn von seinem Gegner nachgewiesen worden ist, daß er die Servitut nicht rechtmäßig erworben habe.

Sehen wir nun zu, ob dies in einer der Stellen, aus denen die verschiedenen Rechtslehrer die anomale Ersitzung der Servituten ableiten, hingestellt wird.

Die Stellen sind in der Gesammtheit folgende:

I. L. 5. §. 3. D. d. itin. act. priv. (43, 19):
(Ulpian.) Si quis servitutem jure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.

II. L. 10. D. si serv. vind. (8, 5):
(Ulpian.) Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se nec vi, nec clam, nec precario possedisse.

III. L. 1. §. ult. D. d. aq. et aq. pluv. arc. act. (39, 3):
(Ulpian.) Denique ait, condicionibus agrorum quasdam leges esse dictas, ut quibus agris magna sint flumina, liceat mihi scilicet in agro tuo aggeres vel fossas habere, si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam; et semper inferiorem superiori servire; at hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore, compensareque debere cum alio commodo . . . . si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere: **sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque clam, neque precario, habuisse longa consuetudine vel ex jure impositam servitutem videatur.** Non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus, eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem habemus actionem, vel interdictum.

IV. L. 26. D. d. aq. et aq. pluv. arc. act. (39, 3):
(Scaevola.) Solere eos, qui juri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur.

V. L. 1. C. d. serv. et aq. (3, 34):
(Antoninus.) Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas; more solito per judicem exercere non prohiberis: is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet; modo si is, qui pulsatur nec vi, nec clam, nec precario possidet.

VI. L. 2. C. eodem:
(Idem.) Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti: Quodsi ante id spatium ejus usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas.

VII. L. 25. D. quemadmdm. serv. amitt. (8, 6):
(Paulus.) Servitute usus non videtur, nisi is, qui jure suo uti se credidit: ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

VIII. L. 28. D. d. serv. praed. urb. (8, 2):
(Paulus.) Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit.

I. Das erſte Fragment ſteht in dem Titel de itinere actuque privato und muß, wollen wir es richtig auffaſſen, im Zuſammenhange mit dieſem ganzen Titel betrachtet werden. Derſelbe beginnt mit der Anführung des Interdictes de itinere actuque privato, welches lautet:

Praetor ait, quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es: quominus ita utaris, vim fieri veto.

Ulpian, welcher dieſe alte concinne Formel erklärt, ſagt von dieſem Interdict in §. 2. eod.:

hoc interdicto praetor non inquirit, utrum habuit jure

servitutem impositam, an non: sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi, non clam, non precario: et tuetur eum .... sive igitur habuit jus viae, sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem Praetoris pertineat.

Die Kraft dieſes Interdictes, auf das ich im zweiten Kapitel bei der Frage: wie ſich die Interdicte überhaupt zu den Servituten verhalten? zurückkommen werde, wird von den Rechtslehrern verſchieden aufgefaßt. Diejenigen, welche am weiteſten gehen, ſagen: wer ein Wegerecht auf die im Interdicte ausgeſprochene Weiſe ausgeübt hat, iſt unter dem Schutz des Prätors auch zur ferneren gleichartigen Ausübung ſo lange berechtigt, bis der Eigenthümer des in Anſpruch genommenen Grundſtücks nachweiſt, daß jenem ein ſolches Recht nicht zuſtehe, ſchließen alſo den wirkſamen Nachweis des Nichtvorhandenſeins der Servitut nicht aus. Nachdem dann die Einzelheiten und möglichen Fälle, die bei dieſem Interdicte hauptſächlich in Frage kommen können, behandelt ſind, folgt die Formel für das interdictum de itinere actuque reficiendo in L. 3. §. 11. eod.:

Ait Praetor, quo itinere actuque hoc anno non vi, non clam, non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi jus esset reficias, vim fieri veto: qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per ejus vitium datum sit, caveat.

Dieſes Interdict [34]), ſagt Ulpian bei der weitläufigeren Erklärung in den folgenden Paragraphen, ſei der Utilität wegen gegeben [35]), da die Ausübung des Wegerechts ohne die Ausbeſſerung unmöglich werden könne; aber dadurch unterſcheide es ſich von dem erſteren, daß bei jenem nur der Nachweis der nicht vi-

34) Es wird nochmals darauf aufmerkſam gemacht, daß in dieſem Kapitel die Stellen nur darauf hin betrachtet werden, ob in ihnen eine Erſitzung der Servituten ausgeſprochen werde; eine genauere Interpretation derſelben wird im zweiten Kapitel gegeben.

35) L. 3. §. 12. h. t.

tiösen Ausübung, bei diesem dagegen noch der des rechtmäßigen Erwerbes der Servitut nöthig sei; und dies sei auch nicht mehr wie billig. Im ersteren Falle solle der Eigenthümer des benutzten Grundstücks weiter nichts dulden, als was er im verflossenen Jahre sich habe ruhig gefallen lassen; in diesem wolle der Ausübende etwas Neues thun, und dies brauche der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht zu leiden, wenn jener nicht nachweise, daß ihm die Servitut rechtmäßig zustehe. [36]) Nun könne es aber doch vorkommen, daß Jemand ein Wegerecht erworben habe, das jus reficiendi aber bei der Bestellung ausdrücklich abgesprochen sei, und deshalb brauche der Prätor absichtlich die Worte: ut tibi, inquit, jus est reficias: Uti jus est, hoc est, sicuti per servitutem impositam licet. [37])

Hieraus folgt für die Wirkung dieses zweiten Interdictes: wer dasselbe benutzen will, muß fehlerlose Ausübung und rechtmäßigen Erwerb des Wegerechts, d. h. seinen Titel, nachweisen. Erst wenn er beides gethan hat, schützt ihn der Prätor gegen etwaige Störung bei Ausbesserung des Weges, indem das Ausbesserungsrecht als stillschweigend bei der Bestellung des Wegerechts präsumirt wird. [38]) Dem Eigenthümer des benutzten Grundstücks aber steht es natürlich frei, auf irgend eine Art nachzuweisen, daß die stattgefundene Ausübung des Wegerechts eine fehlerhafte war, oder daß der vorgebrachte Titel ungenügend sei, mithin die Servitut dem Interdictansprecher gar nicht zustehe, und sobald eines von beidem geschehen, wird seinem Gegner der Schutz des Interdictes entzogen werden. [39])

---

36) L. 3. §. 13. h. t.

37) L. 3. §. 14. h. t.

38) L. 3. §. 13. h. t.

39) Der Merkwürdigkeit halber und um zu zeigen, wie weit die Theorie sich in dieser Materie verirrt hat, sei folgende Stelle von Stever aus seiner Schrift „de servitutibus praediorum" hier angeführt. Derselbe äußert sich p. 271 flg. über das interdictum de reficiendo derartig: „At vero, qui interdicto: de itinere reficiendo, uteretur, duas res docere debere: et, se hoc anno usum, et servitutem sibi competere. — — Rationem

Nachdem in den folgenden Fragmenten im Einzelnen auseinandergesetzt ist, was sich der Besitzer des belasteten Grundstücks beim reficere gefallen lassen müsse, fährt Ulpian endlich in L. 5. §. 3. h. t. so fort:

Si quis servitutem jure impositam [40]) non habeat, habeat

Ictus adfert: quia, qui reficere vellet, novi aliquid faceret. — — Recte! probe! Ast in interdicto hunc inesse sensum nego, nisi idem concesseris, eum, qui interdicto utatur de intinere simpliciter, probare debere. Interpretatio igitur Icti est, sive fori. Ulpianus quidem confugit ad verba interdicti: ut tibi jus esset, hoc est ex ejus explicatione: sicuti per servitutem impositam licet. Quem sensum habere haec verba non concedo, primum, quia si de viae servitute constiterit, jus viam reficiendi tacite sequetur, nisi reficiendi modus diserte additus sit servituti: — Interdicti igitur utilitas cessabit, nisi forsan id utile esse dixeris, quod res non in actionis, sed in interdicti intentionem veniat, — deinde quia verbis interdicti, quae dedimus, Praetor haec addit: qui interdicto hoc uti volet, is adversario damni infecti, quod per ejus vitium datum sit, caveat. — Immo profecto! qui de jure suo servitutis, qui de jure et modo reficiendi docuerit, damni infecti cavere non debebit. Verba igitur: ut tibi jus esset, hoc loco prorsus nihil aliud possunt denotare, quam: utut tibi placuerit, nisi vanam et inutilem propositi interdicti esse rationem, statuerimus. Ne tamen servitutem habenti alius, quam servitute imposita liceat, refectionis modus placeat, damni infecti cautione opus est, donec quaestio finietur." — Stever vergißt sich so weit, daß er sich erstens anmaßt, ein besseres Verständniß der alten Interdictformeln als Ulpian zu haben, und zweitens übersieht er, daß die von Ulpian ausgeführte Interpretation als Legalinterpretation unanfechtbar ist. Uebrigens sei hier schon bemerkt, daß der Vortheil des Interdicts darin besteht, daß bei demselben nur die beiden Fragen entschieden werden: ist nicht vitiöse Ausübung in diesem Jahre und rechtmäßiger Erwerb des Wegerechtes überhaupt vorhanden? die anderen Fragen dagegen, ob das jus reficiendi gar nicht, oder nur in beschränkter Weise zusteht, einem späteren Verfahren, der actio, vorbehalten werden. Die cautio damni infecti ist aber für den Fall nothwendig, daß im späteren Verfahren nachgewiesen wird, das jus reficiendi sei gar nicht, oder doch in der ausgeführten Weise nicht gestattet, oder daß von dem Interdictansprecher, obwohl er das jus reficiendi vollkommen berechtigt unternommen, bei der Ausführung desselben dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks Schaden zugefügt worden ist.

40) Wollte Jemand einwenden, wie dies von competenter Seite bei meiner dissertatio inauguralis geschehen, die Worte „servitutem jure impo-

autem velut longae possessionis praerogativam, ex eo quod diu usus est hac servitute, interdicto hoc [41]) — natürlich de reficiendo — uti potest.

Wie wir eben gesehen, wird bei dem interdictum de itinere actuque reficiendo zweierlei erfordert: fehlerloser Gebrauch im letzten Jahre und rechtmäßiger Erwerb der Servitut, so daß si desiit alterutrum, deficit interdictum. Nun wird in der zuletzt citirten Stelle gesagt: kann einer den rechtmäßigen Erwerb der Servitut nicht beweisen, hat aber die praerogativa [42]), id est, beneficium longae possessionis, daß er sich schon seit langer Zeit des Wegerechtes bedient hat, so soll er sich dennoch dieses Interdictes — de reficiendo — bedienen können, sobald er diese seine langjährige Ausübung nachweist. Es wird also in dieser Stelle ausnahmsweise einem der Schutz des Interdictes zugesichert, der denselben regelrechter Weise wegen mangelnden Nachweises der rechtmäßigen Erwerbung der Servitut nicht bean-

---

sitam" gingen auf den speciellen Fall der Bestellung der Servitut durch in jure cessio, so wird hierzu in unserer Stelle gar keine Veranlassung gegeben, indem jure impositam nicht etwa einer auf andere rechtmäßige Weise stattgefundenen Bestellung, sondern einem diu uti gegenübergestellt wird. Ganz unzweifelhaft wird aber „jure impositam" im Sinne des rechtmäßigen Erwerbes überhaupt in demselben Titel L. 1. §. 2. gebraucht, wo Ulpian sagt: „Praetor non inquirit, utrum habuit jure impositam servitutem, an non: sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit, non vi, non clam, non precario: et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat", worin ganz offenbar jure impositam später erklärt und wieder aufgenommen wird durch die Worte „sive habuit jus viae, sive non habuit".

41) Eine Folge der vorher (Anmerk. 39) angeführten originellen Auffassung des interdicti de reficiendo von Stever ist, daß er die Worte hoc interdicto für eine Interpolation an Stelle von hac actione hält. Hierüber äußert er sich a. a. O. p. 299 folgendermaßen: „Nam verba: hoc interdicto uti potest, esse ex Trebonianorum ingenio adjecta, luce clarius est. Equidem enim Tribonianum ejusque socios delirantes mage, quam Ulpianum statuerim.

42) Vgl. Brissonius, de V. S. P. II. p. 1099.

ſpruchen könnte. Wie aber ſteht es mit der Kraft und Wirkung des Interdictes ſelbſt? ſoll dieſelbe dadurch, daß das Interdict Jemand geſtattet wird, der eigentlich gar keinen Anſpruch auf daſſelbe hat, eine ſtärkere werden, als in den Fällen der regelrechten Anwendung deſſelben? Unſere Stelle ſchweigt darüber. Deshalb müſſen wir, wollen wir nicht ganz willkührlich und vollſtändig unlogiſch verfahren, dem Interdicte die Kraft und Wirkung, welche es bei ſeiner regelrechten Anwendung hat, und höchſtens dieſe bei dieſer ausnahmsweiſe geſtatteten Anwendung zuertheilen.

Man bedenke doch: das Interdictum de itinere actuque reficiendo iſt ein Rechtsmittel, welches demjenigen, dem es gewährt wird, einen Vortheil bringt; es ſoll jedoch nur von demjenigen beanſprucht werden können, der die nicht vitiöſe Ausübung des Wegerechts im verfloſſenen Jahre und den rechtmäßigen Erwerb deſſelben nachweiſen kann. Iſt Jemand nicht im Stande, die ſämmtlichen vorausgeſetzten Requiſite nachzuweiſen, ſo folgt nach jus strictum, daß er ſich des Rechtsvortheils gar nicht bedienen darf; wird ihm nun aber aus einem milderen Geſichtspunkte, der aequitas, trotz der mangelnden Vorausſetzungen, hier in dieſem Falle, obwohl er den rechtmäßigen Erwerb des Wegerechts nicht nachweiſen kann, dennoch jener Rechtsvortheil geſtattet, ſo könnte es wohl natürlich erſcheinen, daß ihm der letztere nicht vollſtändig zu Theil würde, aber ganz grundlos und inconſequent iſt es, demjenigen, der in ſeiner Perſon nicht alle Vorausſetzungen vereinigt, einen größeren Vortheil aus dieſem Rechtsmittel zu gewähren, als dem, der in allen Beziehungen den geſtellten Anforderungen genügt, wenn dies nicht ausdrücklich und ganz unzweifelhaft ausgeſprochen wird.

Es wird mithin in der L. 5. §. 3. cit. ausnahmsweiſe demjenigen, der ſtatt der rechtmäßigen Beſtellung des Wegerechts nur eine lange fehlerloſe Ausübung deſſelben nachweiſen kann, das interdictum de itinere actuque reficiendo gegeben; ebenſo aber wie bei der regelrechten Anwendung ſteht auch in dieſem

Ausnahmefalle dem Eigenthümer des benutzten Grundstücks das Recht zu, den Beweis zu führen, daß die bisherige Ausübung des Wegerechts eine fehlerhafte war, oder daß dasselbe dem Petenten rechtmäßig gar nicht zustehe, und so den letzteren von der Anstellung des Interdictes auszuschließen. Der einzige aber sehr wesentliche Inhalt der Stelle ist der: Hat Jemand nachgewiesen, daß er lange Zeit hindurch in nicht vitiöser Weise ein Wegerecht ausgeübt hat, so kann er das interdictum de itinere actuque reficiendo mit Erfolg anwenden. Der Petent wird also in diesem Falle von dem Beweise des Titels dispensirt, und der Eigenthümer des dienenden Grundstücks, der sonst in der günstigen Lage ist, den Beweis des Wegerechts abwarten zu können und erst gegen den vorgebrachten Titel etwaige Einwendungen zu machen, gezwungen, selbst nachzuweisen, daß die Dienstbarkeit auf seinem Grundstücke nicht laste. Gelingt ihm jedoch dies letztere, so ist seinem Gegner der Schutz des interdictum de itinere actuque reficiendo zu versagen. Da nun aber, wie wir gesehen haben, die Ersitzung sich gerade darin äußert, daß man ein Recht, obwohl nachgewiesen wird, daß man es nicht gesetzmäßig erworben hat, auch ferner gegen Jeden ausüben darf, so wird ganz mit Unrecht behauptet, daß in dieser Stelle eine Ersitzung der Servituten ausgesprochen werde; sie enthält vielmehr nichts weiter als eine Bestimmung über die Beweislast des Titels bei einer Wege-Servitut. [43])

II. Das zweite Fragment steht im Titel si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur (8, 5) und lautet:

L. 10. (Ulpian.) Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta, veluti ex

43) Glück beruft sich zum Beweise der Servituten-Ersitzung auf zwei Stellen, zu denen auch die L. 5. §. 3. cit. gehört, ohne jedoch irgendwie anzugeben, was in dieser Stelle auf Ersitzung deutend aufzufassen ist. Die ganze Art und Weise seiner Begründung der Servituten-Ersitzung wird weiterhin einer näheren Betrachtung unterworfen werden.

legatum vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se nec vi, nec clam, nec precario possedisse.

Ulpian sagt: Wenn Jemand durch täglichen Gebrauch und longa quasi possessio das Recht, Wasser zu leiten, erworben hat, so ist er nicht genöthigt, das Rechtsgeschäft nachzuweisen, durch welches das Wasserleitungsrecht bestellt worden ist, z. B. Kauf oder irgend eine andere Art von rechtmäßiger Bestellung, sondern er hat eine actio utilis — nämlich confessoria — um zu zeigen, daß er durch so und so viel Jahre hindurch sich im nicht vitiösen Gebrauche, mithin im Besitze, befunden habe.

Wenn es in dieser Stelle heißt, daß Jemand durch täglichen Gebrauch und longa quasi possessio das Recht, Wasser zu leiten, erwerbe, so ist damit noch keineswegs behauptet, daß dies ein unanfechtbares durch Ersitzung erworbenes Recht sei. Die für die Ersitzung in den Pandecten gebräuchlichen Ausdrücke sind praescribere und capere, während nancisci durchaus nicht in dieser prägnanten Bedeutung vorkommt. Zum Beweise der Behauptung, daß nancisci nicht den unanfechtbaren Erwerb eines Rechtes auszudrücken pflegt, mögen unter den unendlich vielen Stellen, in welchen nancisci in den mannigfaltigsten Beziehungen gebraucht wird, nur folgende beide angeführt werden.

L. 22. D. d. acq. vel. am. possess. (41, 2):

(Javolenus.) Non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit.

L. 31. §. 4. D. d. usurp. (41, 3):

(Paulus.) Si vi, aut clam, aut precario possessionem nactus quis, postea furere coeperit: et possessio et causa eadem durat de hoc, quod precario furiosus habet etc.

Wird man nicht von demjenigen, der eine Sache bona fide et justo titulo erworben hat, sagen, daß er das jus possidendi erworben habe, und wird nicht dies jus possidendi durch den Beweis des Eigenthums von Seite eines Anderen vernichtet wer-

den? Wird man nicht sagen, daß, wer auf die im interdictum de itinere actuque privato vorgeschriebene Weise ein Wegerecht ausgeübt hat, man gebe nun diesem Interdict eine größere oder geringere Wirkung, das jus eundi et agendi erworben habe, und wird er dies nicht wieder verlieren, sobald nachgewiesen wird, daß ihm das Wegerecht nicht rechtmäßig zustehe? Wird man endlich nicht ebenso von demjenigen, der auf die im Interdict de aqua quotidiana et aestiva vorgeschriebene Weise Wasser bezogen hat, sagen, er habe das jus aquae ducendae, gleichgültig auf wie lange, erworben, und wird man deswegen behaupten: er habe das Wasserleitungsrecht ersessen? Deshalb sind wir auch hier in diesem Falle nur berechtigt, die Worte si quis diuturno usu et longa quasi possessione, jus aquae ducendae nactus est, so aufzufassen: wenn Jemand durch tägliche Ausübung und longa quasi possessio, d. h. durch eine solche lange dauernde Art der Ausübung, wie sie im Interdicte de aqua quotidiana et aestiva vorgeschrieben ist, den Schutz des Prätors erlangt hat.

Von einem solchen, der sich in dieser Lage befindet, sagt Ulpian in der citirten Stelle weiter, werde nicht Nachweis des rechtmäßigen Erwerbes des Wasserrechts, mithin nicht die Angabe des Titels desselben verlangt, sondern dieser habe eine actio utilis confessoria, um zu zeigen, daß er eine gewisse Zeit von Jahren hindurch sich in nicht vitiöser Ausübung und somit im Besitze der Servitut befunden habe. Während also regelrechter Weise derjenige, der die confessoria actio anstellt, das rechtmäßige Vorhandensein seiner behaupteten Servitut, d. h. seinen Titel nachweisen muß, wird in diesem Fragmente gesagt, daß, wer eine gewisse Reihe von Jahren hindurch die Wasser-Servitut nicht fehlerhaft ausgeübt hat, von dem Nachweise des Titels dispensirt werde und die actio confessoria utiliter so anstellen könne, daß er an Stelle des Titels seine lange fehlerlose Ausübung beweise. Es wird also einem eine actio confessoria utilis gewährt, der wegen mangelnden Nachweises der erforderlichen Requisite die actio confessoria directa nicht anstellen könnte. Wie aber, haben

wir uns auch hier zu fragen, steht es mit der Wirkung dieser actio confessoria utilis, wird diese eine größere als die der actio confessoria directa sein? Es ist hier dieselbe Betrachtung wie beim ersten Fragmente anzustellen, und, da unsere Stelle in keiner Weise das Gegentheil ausspricht, zu sagen, die actio confessoria utilis hat dieselbe Wirkung und Tragweite, wie die actio confessoria directa. Wie nun bei der letzteren der Eigenthümer des in Anspruch genommenen Grundstücks die Abweisung seines Gegners bewirken kann, wenn er nachweist, daß der von demselben vorgebrachte Titel aus irgend einem Grunde unzureichend ist, so wird auch der mit der actio confessoria utilis belangte Eigenthümer die Abweisung des Klägers erreichen, wenn er beweist, daß der Gebrauch desselben ein fehlerhafter war, oder daß ihm die Servitut gar nicht rechtmäßig zusteht.

Es wird mithin auch in dieser Stelle nur von dem Uebergehen der Beweislast von dem Eigenthümer des herrschenden auf den des dienenden Grundstücks bei einer Wasser-Servitut, aber keineswegs von Ersitzung derselben gesprochen.

III. Das dritte Fragment steht in L. 1. §. ult. des Titels d. aq. et aq. pluv. arc. act. (39, 3) und muß des leichteren richtigen Verständnisses wegen im Zusammenhange mit der ganzen L. 1. behandelt werden, zumal die letzten Worte „non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus; eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem habemus actionem vel interdictum“ trotz ihrer Einfachheit und Klarheit nach dem Vorgang der Glosse bis in die neueste Zeit ganz falsch aufgefaßt worden sind.

In der L. 1. cit. setzt Ulpian zunächst den Zweck der actio pluviae arcendae auseinander. Dieselbe dient dazu, sich gegen etwaigen durch das vom Nachbargrundstück herabfließende Regenwasser entstehenden Schaden zu schützen, der zwar noch nicht eingetreten, aber zufolge eines auf dem benachbarten Grundstücke vorgenommenen opus manu factum zu befürchten ist. Durch diese actio wird jeder Grundeigenthümer in der Ausübung seines

vollen freien Eigenthumsrechts beschränkt, und man pflegt eine solche Eigenthums-Beschränkung eine Legal-Servitut zu nennen. In §§. 2. bis 14. führt Ulpian die Ansichten der einzelnen Juristen über die Anwendbarkeit dieser actio in verschiedenen Fällen an, und spricht in §. 15. seine eigene Meinung aus. Nachdem sodann mehrere hierher gehörige Begriffe, wie z. B. was unter Regenwasser zu verstehen sei, erläutert sind, sagt Ulpian in §. 22., daß der Eigenthümer nur insofern auf seinem Grund und Boden nicht Veränderungen vornehmen dürfe, als dadurch das Regenwasser anders, und zwar auf nachtheiligere Weise, wie bei dem früheren natürlichen Zustande, auf die benachbarten Grundstücke abfließe. Den der natürlichen Bodenbeschaffenheit entsprechenden Abfluß müsse sich der Nachbar natürlich gefallen lassen: semper enim hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant.

Daß Ulpian hier den Ausdruck servitus in seiner weiteren Bedeutung, als Dienstbarkeit überhaupt, und nicht in dem engeren Sinne von Servitut gebraucht, geht aus dem Zusammenhange zweifellos hervor. Es ist dies auch von den Rechtslehrern stets richtig aufgefaßt worden, jedoch wegen des falschen Verständnisses der Schlußworte unserer Stelle noch besonders hervorzuheben.[44])

In der L. ult. cit. sagt Ulpian, daß außer dieser für alle Grundstücke geltenden und durch die Natur gegebenen Beschränkung des freien Eigenthums für gewisse Grundstücke noch andere durch besondere Gesetze eingeführte vorkämen[45]), wie z. B.

---

44) Savigny, System Bd. IV. §. 196. p. 487 Note i: „L. 1. §. 22. D. d. aq. pluv. arc. act.: hanc esse servitutem inferiorum praediorum. L. 2. pr. eod.: et semper inferiorem superiori servire. L. 2. pr. eod.: per quae inferior locus superiori servit. Es sind dies durchaus nur bildliche Bezeichnungen des Verhältnisses; an eine Servitut oder auch nur etwas ihr Nachgebildetes (etwa servitus non jure constituta sed tuitione) ist hier nicht zu denken. Cfr. Savigny eod. Note o und p. 490 a. Ende.

45) Heidelberger Jahrbücher a. a. O. p. 573: „eben so wenig, wie sich lex in jenem Contexte ausschließlich auf eine assignatio beziehen kann, da

daß ein Eigenthümer, auf dessen Besitzthum sich ein großer Fluß befände, den Nachbarn gestatten müsse, sich auf seinem Grund und Boden Schutzdämme zu errichten. Könne nun eine derartige lex nicht nachgewiesen werden, so solle die vetustas der betreffenden Einrichtungen, vorausgesetzt natürlich, daß eine solche vorhanden sei, an die Stelle der lex treten, d. h. die actio aquae pluviae arcendae, welche eigentlich nur nach dem Beweise einer vorhandenen lex für diese Specialfälle gegeben werde, auch ohne diesen gestattet werden, wenn vetustas der Anstalten sich herausstellt. Zur Begründung und Rechtfertigung dieses Rechtssatzes beruft sich Ulpian auf das bei den Servituten geltende Rechtsprincip, welches er folgendermaßen ausdrückt:

> sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute nec vi, nec clam, nec precario, habuisse longa consuetudine vel ex jure impositam servitutem videatur.

In der That befolgen wir ja bei den Servituten dasselbe Princip, daß, sobald die rechtmäßige Bestellung derselben nicht nachgewiesen werden kann, der, welcher lange Zeit hindurch in fehlerloser Weise die Servitut ausgeübt hat, in Folge der langen Gewohnheit eine rechtmäßig bestellte Servitut inne gehabt zu haben scheint.

Das heißt mit anderen Worten: Kann Jemand nicht den rechtmäßigen Erwerb der Servitut, wohl aber die lange nicht vitiöse Ausübung derselben beweisen, so präsumiren wir ja auch,

---

doch gerade die L. ult. D. d. aq. et aq. pluv. arc. act. „lex agri“ durch servitutes jure imposito paraphrasirt; wir möchten daher lex auf jede Errichtung einer Servitut beziehen, die auf einer ausdrücklichen Norm — gesetzliche Vorschrift, Vertrag, letzter Wille — beruht.“ — Daß lex in der citirten L. 1. §. ult. lediglich gesetzliche Bestimmung im eigentlichen Sinn bedeutet, geht klar daraus hervor, daß Ulpian die Servituten ausdrücklich gegenüberstellt. Es ist hier von einem Paraphrasiren des Wortes „lex“ durch „servitutes jure imposita“ gar nicht die Rede, sondern nur von dem Vergleich der Wirkung des Zeitablaufes bei den Legal-Servituten mit der bei den eigentlichen Servituten.

daß er die Servitut früher einmal rechtmäßig bestellt bekommen habe, weil sich sonst der Nachbar wohl schwerlich die Ausübung derselben so lange würde haben gefallen lassen.

Der Sinn dieser Stelle — der einzigen, welche von der Wirkung des Zeitablaufes auf die Erwerbung der Servituten im Allgemeinen redet — ist ein so offenbarer, daß es gar nicht zu begreifen ist, wie aus dieser Stelle eine Ersitzung der Servituten hat abgeleitet werden können. Eine weitere Widerlegung einer solchen falschen Auffassung dieser Stelle ist unmöglich, weil dieselbe auch nicht das Allergeringste enthält, was als auf eine Ersitzung der Servituten deutend aufgefaßt werden könnte, und die Rechtslehrer, welche behaupten, daß hierin eine solche ausgesprochen werde, gar keine Begründung dieser ihrer Behauptung geben.[46]) Die einzige Erklärung des Irrthums ist in der Art und Weise zu finden, wie die betreffenden Rechtslehrer die Schlußworte deuten, aus der hervorgeht, daß sie die ganze Stelle mißverstanden haben.

Ulpian kommt nämlich nach diesem eingeschalteten Vergleich mit den eigentlichen Servituten, zu dem er durch die innige Verwandtschaft derselben mit den Legal-Servituten veranlaßt worden war, wieder auf die letzteren zurück, indem er sagt:

non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus, eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem habemus actionem, vel interdictum.

Wir werden also den Nachbar nicht zwingen, die Dämme selbst zu befestigen, sondern wir werden sie auf dessen Grund und Boden befestigen, und es wird dies eine quasi servitus — d. h. ein einer Servitut ähnliches Recht — sein, und zu diesem Zweck werden wir eine actio utilis — natürlich actio aquae plu-

46) So sagt z. B. Unterholzner §. 198. p. 140 flg., indem er sich bei der Begründung der Servituten-Ersitzung auch auf diese Stelle beruft, weiter nichts als: „in einer anderen Stelle wird gesagt, daß die Dienstbarkeit vel ex jure imposita geachtet werde". Wie hieraus eine Ersitzung der Servituten folgen soll, ist durchaus unverständlich.

viae arcendae, von der hier die Rede ist — oder ein Interdict haben.

Daß Ulpian in diesen Worten von Legal-Servituten spricht, ist durch die Wiederholung des Ausdrucks „aggeres munire“ so augenfällig, daß man meinen sollte, es könnte dies bei nur oberflächlicher Betrachtung der Stelle nicht übersehen werden. Nichtsdestoweniger findet sich, daß einige Schriftsteller, und zwar gerade diejenigen, welche sich am eingehendsten mit dieser Lehre beschäftigt haben, behaupten: Ulpian nenne eine durch Verjährung erworbene Servitut in diesem Fragmente eine quasi servitus.[47])

---

47) Glosse zu L. 1. §. ult. cit. Note t: 'quasi servitus. Nota quasi, sicut praescriptione quaeritur utile dominium: ita utilis servitus non directa quaeritur tempore, hinc est quod utilis actio pro ea datur. — D'Avezan a. a. O. p. 226: „L. 1. in fine D. d. aq. et aq. pluv. arc.: ubi praetor pollicetur se daturum utilem actionem vel interdictum illi, qui diu usus est servitute neque vi, neque clam, neque precario, quae non invenitur imposita.“ — Duarenus a. a. O. p. 225: „ad L. 10. D. si serv. vim. (8, 5.) Hanc enim adquisitionem, quae jure ipso non fit, tuetur praetor, utilemque actionem dando, ut quasi servitus adquisita esse intelligatur jure scilicet praetorio. L. 1. §. fin. d. aq. et aq. pluv. arc. act.“ — Otto a. a. O. p. 427: „Proinde Icti non usu longo impositam servitutem, sed velut jure impositam; non servitutem quaesitam, sed quasi servitutem, et, quod idem valet, longae possessionis praerogativam ac consuetudinem per quasi possessionem acquiri dixerunt. Sic Ulpianus in L. 1. in fine D. d. aq. et aq. pluv. arc. act.: ubi servitus, inquit, non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex jure impositam servitutem videtur, eritque ista quasi servitus.“ — Dabelow a. a. O. p. 223 Note o: „Ulpian nennt darum eine solche präsumirte Servitut in dem citirten Fragmente eine quasi servitus.“ — Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung, Erlangen 1820. §. 17. p. 103: „Daher sprechen auch die Fragmente da, wo es die eigenthümliche Verjährung der Servituten gilt, mit sichtbarer Behutsamkeit nicht von dem Erwerb eines Rechtes, sondern blos von Erlangung eines ähnlichen — eines nur die Stelle des Rechts vertretenden — Zustandes, einer quasi servitus.“ — Glück a. a. O. §. 629. p. 127: „Ulpian nennt deshalb eine durch Ersitzung erworbene Servitut eine quasi servitus“ — Unterholzner a. a. O. §. 198. p. 147: „Daß diese Verjährung (der Servituten) nicht durch ein Gesetz eingeführt worden ist,

Die in dieser Stelle ausgesprochene Wirkung des Zeitablaufes auf die Legal-Servituten ist auch derjenigen ganz entsprechend, welche wir in dem ersten und zweiten Fragment bei dem Wege- und Wasserleitungsrecht gefunden haben. Nur ist die Wirkung der actio utilis hier dadurch eine andere, wie bei den Servituten, daß der Nachweis, es sei keine lex gegeben, niemals möglich ist, indem, wie aus L. 2. h. t. hervorgeht, unter vetustas stets vetustas quae memoriam excedit verstanden wird. Es wird mithin in dem Theile der L. 1. §. ult. cit., welcher von Servituten handelt, das Princip im Allgemeinen hingestellt, welches wir in den ersten beiden Fragmenten in speciellen Fällen angewandt

---

leuchtet sogleich ein, weil es dann nicht erst einer besonders angepaßten Klage, actio utilis, bedurft hätte und Ulpian wohl schwerlich den Ausdruck quasi servitus gebraucht haben würde." — Heidelberger Jahrb. a. a. O. p. 574: „In diesem Bilde wird Niemand, der nicht schon vorher bestimmt ist, eine praescriptio longi temporis erkennen, sondern in dem Gegensatze mit lex als ausdrücklicher Errichtung, nach den gebrauchten Ausdrücken vetustas, consuetudo, mos und nach der dahin bestimmten Wirksamkeit, daß sie vicem legis vertreten, oder eine quasi servitutem, oder servitutem veluti ex jure impositam begründen sollen, glaubt man die römischen Juristen von Gewohnheitsrecht und dessen Wirksamkeit reden zu hören." — Wenn Muther a. a. O. §. 49. p. 71 sagt: „Allein zwei Stellen, L. 26. D. d. aq. et aq. pluv. arc. und L. 1. §. ult. D. eod., scheinen geradezu von Servituten in Bezug auf die unvordenkliche Zeit zu reden", so scheint er sich der angeführten Auffassung anzuschließen, obwohl aus dieser Aeußerung durchaus gar nichts Positives zu entnehmen ist. Muther befolgt überhaupt das Princip, die mit der Ersitzung der Servituten in Widerspruch stehenden Stellen entweder ganz mit Stillschweigen zu übergehen, oder nur sehr allgemein und oberflächlich zu behandeln. — Auch Elvers faßt zweifelsohne die Worte „eritque quasi servitus" in demselben falschen Sinne wie die bisher angeführten Schriftsteller auf, indem er in seiner Servitutenlehre p. 266 sagt: „eine durch Verjährung entstandene Servitut soll ebenso gegen die actio aquae pluviae arcendae schützen, wie eine ex jure imposita." Er läßt sich leider über die Stelle nicht weiter aus. Es ist jedoch auch, das falsche Verständniß vorausgesetzt, gar nicht abzusehen, wie die von ihm gemachte Schlußfolgerung aus der Stelle folgen soll. — Interessant ist es, daß unter den hier aufgeführten Schriftstellern sich auch solche befinden, welche, wie bereits gezeigt, den Compilatoren in der freigiebigsten Weise Gedankenlosigkeit, Flüchtigkeit und Nachlässigkeit vorwerfen; vergl. Anm. 30.

gefunden haben, von einer Ersitzung der Servituten aber nichts gesagt.

IV. Das vierte Fragment ist ebenfalls im Titel de aqua et aquae pluviae arcendae actione enthalten und lautet:

L. 26. (Scaevola): Solere eos, qui juri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur.

Ob in dieser Stelle von Legal-Servituten oder von eigentlichen Servituten die Rede ist, darüber sind die Ansichten getheilt. Es ist dies jedoch hier für unsere Frage ganz gleichgültig, da, wie am Schluß des folgenden Paragraphen gezeigt werden wird, die Wirkung des Zeitablaufes bei Legal-Servituten und wirklichen Servituten ganz gleichartig ist.

Scaevola sagt: Es pflegen diejenigen, welche die Richterfunctionen ausüben, Wasserleitungen Schutz zu ertheilen, die durch vetustas Ansehen und Bedeutung erhielten, wenn auch das Recht zu denselben nicht nachgewiesen werden sollte. Das heißt, der Prätor, oder wem sonst das jus dicendi zukommt, gewährt die betreffenden Rechtsmittel, welche Nachweis des Rechtes selbst verlangen, auch ohne diesen, wenn vetustas der Einrichtungen vorhanden ist. Die Stelle stimmt mit dem sub No. II. behandelten Fragment ganz überein, enthält auch nicht das Allergeringste, was auf eine Servituten-Ersitzung bezogen werden könnte, und pflegt daher sehr kurz abgefertigt zu werden. Sie ist jedoch dadurch von großer Bedeutung, daß die Wirkung des Zeitablaufes in derselben durch tueri bezeichnet wird, ein Ausdruck, der, weit davon entfernt, eine Ersitzung anzuzeigen, namentlich in Interdicten gebraucht wird, und sich auf das einstweilige Erhalten eines factischen Zustandes zu beziehen pflegt.

V. Das fünfte Fragment ist ein Rescript von Antonin. In demselben heißt es

L. 1. C. d. servit. (3, 34):

Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret,

competere tibi existimas; more solito per judicem exercere non prohiberis: is qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet; modo si is qui pulsatur, nec vi nec clam, nec precario possidet.

Wenn Du meinſt, zu einer Klage gegen denjenigen berechtigt zu ſein, der ſein Gebäude der alten Form deſſelben entgegen ſo aufgeführt hat, daß er Deinen Fenſtern das Licht entzieht, ſo wirſt Du der hergebrachten Sitte gemäß nicht verhindert, Dich der richterlichen Hülfe zu bedienen; derjenige, welcher das Richteramt verſehen wird, wird ſchon wiſſen, daß die langjährige Gewohnheit an die Stelle der Servitut tritt, wenn nur der, welcher beeinträchtigt wird, weder gewaltſam, noch bittweiſe, noch heimlich beſitzt.

Der ſpecielle Fall der Anfrage war, wie ſich aus der Antwort ergiebt, folgender: es hat Jemand ſein Haus neu und zwar auf andere Weiſe wie früher aufgebaut. Der Nachbar, dem hierdurch Licht entzogen wird, wendet ſich an den Kaiſer und fragt, ob er ſich dies gefallen laſſen müſſe, da er zwar kein Servitutrecht beſitze, wohl aber ſich ſeit langer Zeit im ungeſtörten Genuſſe des Lichtrechts befunden habe. Hierauf antwortet der Kaiſer: ob Dein Nachbar auf andere Weiſe wie früher ſein Haus aufgebaut und Dir dadurch wirklich derartig Licht entzogen hat, daß Du deshalb klagen kannſt, das mußt Du wiſſen. Iſt dies aber der Fall, ſo kannſt Du der hergebrachten Sitte gemäß Dich an den Richter wenden, auch wenn Du ein Servitutrecht nicht nachweiſen kannſt, denn der Richter wird wiſſen, daß die langjährige Gewohnheit an Stelle der nachgewieſenen Servitut tritt, vorausgeſetzt natürlich, daß der Beeinträchtigte ſich im fehlerloſen Beſitze befunden hat. Die Worte „longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere“ können weiter nichts bedeuten, als daß der Richter bei der Anſtellung der Klage nicht auf den Beweis der Servitut, d. h. auf Anführung des Titels beſtehen, ſondern ſtatt deſſen mit dem Nachweis der longi temporis con-

suetudo, welche natürlich fehlerlos sein muß, zufrieden sein wird. Da nun von einem Ausschluß des Gegenbeweises nichts gesagt wird, so handelt diese Stelle ebenfalls nur von dem Uebergehen der Beweislast von dem Eigenthümer des herrschenden auf den des dienenden Grundstücks bei der servitus ne luminibus officiatur, aber nicht von Ersitzung der Servituten.

VI. Das sechste Fragment ist ebenfalls von Antonin und bezieht sich auf das Wasserleitungsrecht.

In L. 2. C. d. servit. heißt es:

> Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quodsi ante id spatium ejus usus tibi interdictus est; frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas.

Wenn Du durch das Grundstück des Martialis mit dessen Wissen Wasser geleitet hast, so hast Du die Servitut in einem Zeitraum, welcher dem bei unbeweglichen Sachen angewandten analog ist, erworben. Wenn Dir aber vor Ablauf dieses Zeitraumes der Bezug desselben untersagt ist, so forderst Du vergeblich den Ersatz der von Dir in dieser Sache aufgewandten Kosten.

Der der Anfrage zu Grunde liegende Thatbestand ist offenbar folgender: es hat Jemand Jahre lang durch das Grundstück eines gewissen Martialis mit dessen Wissen ruhig Wasser geleitet, und diese Benutzung des fremden Grundstücks wird ihm plötzlich untersagt; da er eine rechtmäßige Begründung seines bisher ausgeübten Wasserbezuges nicht nachweisen kann, so wendet er sich in seiner Verlegenheit an den Kaiser und fragt an, was er unter diesen Umständen thun könne, ob er nicht wenigstens berechtigt sei, von dem Martialis die zur Herstellung der Wasserleitung verwendeten Kosten zurückzufordern. Antoninus erwiedert ihm: hast Du mit Wissen des Martialis durch dessen Besitzung Wasser geleitet, so hast Du in einem Zeitraum, der dem bei den unbeweglichen Sachen gebräuchlichen entspricht, die Servitut erworben; ist Dir

aber vor Ablauf dieſer Friſt die Ausübung unterſagt worden, ſo haſt Du nicht einmal Anſpruch auf Schadenserſatz.

Tempore quaerere iſt eben ſo wenig wie diuturno usu et longa quasi possessione nancisci ein zur Bezeichnung der Erſitzung im Corpus Juris gebräuchlicher terminus technicus; Da nun in dem hier in Rede ſtehenden Fragment ſonſt weiter nichts vorkommt, was als auf eine erwerbende Verjährung deutend aufgefaßt werden könnte, ſo iſt auch Niemand berechtigt, eine ſolche in dieſe Stelle hineinzutragen. Dieſelbe ſtimmt vielmehr vollkommen mit der sub No. II. behandelten überein. Wie dort von demjenigen, der lange Zeit hindurch fehlerlos Waſſer bezogen hat und deshalb eine actio confessoria utilis unter Erlaß des Nachweiſes ſeines Titels bekommt, geſagt wurde „jus aquae ducendae nactus est“, ſo heißt es hier von demſelben „servitutem tempore quaesisti“, und zwar mit vollem Rechte. Iſt einmal der Rechtsſatz entſtanden, daß der Nachweis des gewiſſe Zeit hindurch ſtattgehabten Waſſerbezuges allein ohne Berufung auf einen Titel zur Anſtellung der confeſſoriſchen Klage berechtigt, ſo wird hierdurch die qualificirte Ausübung ſelbſt ein Erwerbsgrund der Servitut, ſo daß jetzt eben ſo gut wie mancipatione, in jure cessione etc. auch tempore das Waſſerleitungsrecht erworben werden kann. Nur darin unterſcheidet ſich die L. 2. C. cit. von der L. 10. D. cit. (No. II.) weſentlich, daß, während in der letzteren von der Zeit unbeſtimmte Ausdrücke (diuturnus usus et longa quasi possessio) gebraucht werden, hier ein feſt begrenzter Zeitraum (exemplo rerum immobilium) hingeſtellt wird. Es enthält alſo auch dieſe Stelle nichts, was zur Annahme einer Servituten-Erſitzung berechtigen könnte.

VII. Es ſind noch zwei Pandectenfragmente zu behandeln, die ebenfalls von dem Einfluß der Zeit auf den Servituten-Erwerb ſprechen, jedoch ihrem Inhalte nach für unſere Fragen ſo unweſentlich ſind, daß ſie erſt hier nach den Codexſtellen folgen. Das eine derſelben iſt die L. 25. §. ult. D. quemdmd. serv. amitt. (8, 6), worin Paulus ſagt:

Servitute usus non videtur, nisi is qui jure suo uti se credidit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus est, nec interdictum nec actio utiliter competit.

Einer Servitut ſcheint ſich nur derjenige bedient zu haben, der von ſeinem Rechte Gebrauch zu machen glaubte; wenn daher Jemand unter Annahme eines öffentlichen Weges oder einer einem Anderen zuſtehenden Servitut Gebrauch gemacht hat, ſo ſteht ihm weder interdictum noch actio utiliter zu.

Es wird in dieſer Stelle die Art und Weiſe beſtimmt, wie man eine Servitut ausüben muß, um ſich eine actio confessoria utilis zu verſchaffen, und ihre Betrachtung gehört daher weſentlich in das zweite Kapitel. Hier können uns nur die Worte, welche ſich auf die Wirkung der langen nicht vitiöſen Ausübung beziehen, beſchäftigen; dies ſind: nec interdictum nec actio utiliter competit. Aus dieſen geht weiter nichts hervor, als daß unter Umſtänden bei langer nicht vitiöſer Ausübung interdictum oder actio utiliter gegeben werden, und es iſt bereits gezeigt worden, daß damit keineswegs eine Servituten-Erſitzung ausgeſprochen wird.

VIII. Die zweite noch hierher gehörige Stelle lautet L. 28. D. d. serv. praed. urb. (8, 2):

(Paulus.) Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit.

Man hat angenommen, daß eine am Fußboden in der Wand einer Kammer oder eines Speiſezimmers angebrachte Oeffnung, welche zum Abſpülen des Eſtrichs dient, weder ein flumen ſei, noch durch Zeitablauf erworben werde.

Tempore acquirere iſt eben ſo wenig eine für die Erſitzung im Corpus Juris gebräuchliche Bezeichnung, wie diuturno usu et longa quasi possessione nancisci und tempore quaerere, und ganz eben ſo aufzufaſſen, wie dies bei den beiden zuletzt erwähnten Ausdrücken oben auseinandergeſetzt worden iſt.

B. Nach juſtinianiſchem Recht.

§. 4.

Die Beſtimmungen Juſtinian's über den Erwerb der Servituten durch Zeitablauf.

Juſtinian ſpricht nur ein einziges Mal in ſeinen Conſtitutionen von der Beziehung des Zeitablaufes auf die Servituten, und zwar in L. 12. C. d. praescr. long. temp. (7, 33) folgendermaßen:

Sit igitur secundum hanc definitionem causa perfectissime composita, et nemo posthac dubitet, neque inter praesentes neque inter absentes, quid statuendum sit: ut bono initio possessionem tenentis, et utriusque partis domicilio requisito, sit expedita quaestio pro rebus ubicunque positis: nulla scientia, vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. Eodem observando, et si res non soli sint: sed incorporales, quae in jure consistunt; veluti ususfructus, et ceterae servitutes.

Die ganze L. 12. cit. behandelt nur die Frage, wie bei der longi temporis praescriptio die Zeit berechnet werden ſoll, wie man ſogleich aus den Anfangsworten erſehen kann, welche folgendermaßen lauten:

Cum in longi temporis praescriptione tres emergebant veteribus ambiguitates: prima propter res ubi sunt positae, secunda propter personas, sive utriusque, sive alterutrius praesentiam exigimus: et tertia, si in eadem provincia, vel in eadem civitate debent esse personae tam petentis, quam possidentis, et res pro quibus certatur: omnes eas praesentis legis amplectimur definitione, ut nihil citra eam relinquatur.

Im Folgenden wird nun nichts weiter beſtimmt, als wann praesentia, wobei ein Zeitraum von 10 Jahren genügt, und wann absentia anzunehmen iſt, bei der 20 Jahre erfordert wer-

den. Dieſe Beſtimmungen für die Berechnung der Zeit, welche, wie aus den citirten Anfangsworten hervorgeht, zunächſt für die longi temporis praescriptio erlaſſen ſind, werden durch die Worte „eodem observando etc.“ auch auf die unkörperlichen Sachen, wie z. B. den ususfructus und die übrigen Servituten, ausgedehnt. Sie können aber bei den letzteren natürlich nur da angewendet werden, wo der Ablauf der Zeit von Wichtigkeit für ſie iſt, das heißt bei der usucapio libertatis [48]) und der longa quasi possessio, deren Weſen im vorigen Paragraphen angedeutet worden iſt.

Einzelne ältere Rechtslehrer haben in der That behauptet, in den citirten Schlußworten der L. 12. cit. „eodem observando etc.“ werde durch Juſtinian wieder eine erwerbende Verjährung der Servituten ausgeſprochen. [49]) Nach der im vorigen Paragraphen gegebenen Erklärung der Stellen, aus welchen die Erſitzung der Servituten gewöhnlich abgeleitet zu werden pflegt, — vorausgeſetzt, daß dieſe für genügend anerkannt wird — und bei dem Wortlaute der L. 12. cit. wird es wohl Niemand einfallen, aus der letzteren eine Servituten-Erſitzung herzuleiten. Die meiſten älteren und alle neueren Rechtslehrer geben nun auch zu, daß in der in Rede ſtehenden Stelle nur Requiſite der an anderen Orten ausgeſprochenen Servituten-Erſitzung hingeſtellt werden [49b]), tragen aber kein Bedenken, weil hier der ususfructus erwähnt wird auf dem Wege der Analogie, eine allgemeine Erſitzung der Perſonal-Servituten nach römiſchem Rechte anzunehmen. Um ſich von der Richtigkeit der Behauptung zu überzeugen, braucht man nur die verſchiedenen Pandecten-Lehrbücher am betreffenden Orte

48) Cfr. Zimmern a. a. O. S. 113.

49) Höpfner, Comm. §. 352.

49b) Vgl. Zielonacki a. a. O. S. 196. — Unterholzner a. a. O. §. 202. p. 152: „Wenn wir alſo nicht außerdem wüßten, daß es wirklich eine erwerbende Verjährung von 10 oder 20 Jahren bei den Dienſtbarkeiten gegeben habe, ſo würde dieſe Stelle (L. ult. C. d. praescript. long. temp. 7, 33) nicht darüber entſcheiden können.“

einzusehen. Da die Ersitzung der Personal-Servituten sonst nirgends im Corpus Juris erwähnt oder nur angedeutet wird, so möchte die Grundlosigkeit und Willkührlichkeit dieser Annahme nach der gegebenen Erklärung der L. 12. cit. klar am Tage liegen.

Es gilt mithin nach justinianischem Rechte die im §. 3. geschilderte longa quasi possessio, und wie schon Antoninus (cfr. No. VI.) bestimmt, daß bei ihr der für den Erwerb unbeweglicher Sachen erforderliche Zeitraum gelten soll, so überträgt auch Justinian auf dieselbe die in der L. 12. cit. getroffenen Abänderungen für die Zeitberechnung bei der longi temporis praescriptio. Eine erwerbende Verjährung der Servituten wird dagegen nirgends im Corpus Juris ausgesprochen.

§. 5.

Von dem Einfluß der unvordenklichen Zeit auf den Erwerb der Servituten.

Im Titel de aqua quotidiana et aestiva finden wir folgendes Fragment von Pomponius:

L. 3. §. 4. D. d. aq. quot. et aest. (43, 20).

Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.

Wasserleitungen, deren Entstehung über Menschengedenken hinausgeht, werden rechtmäßig bestellten gleich geachtet.

Diese so einfache und klare Stelle ist den Rechtslehrern bisher stets ein unüberwindlicher Stein des Anstoßes gewesen. Der Grund hiervon liegt wiederum in der falschen Annahme einer Servituten-Ersitzung nach römischem Recht. Angenommen nämlich, es könnten Servituten bereits in einem Zeitraume von 10 resp. 20 Jahren ersessen werden, so müßte man doch schon von einer so erworbenen Servitut sagen, sie sei jure constitutae loco zu halten, und es wäre dann unbegreiflich, wie diese Stelle des Pomponius, in der diese Wirkung erst der vetustas, quae memoriam excedit, beigelegt wird, in die Pandecten aufgenom-

men werden konnte. Auch dieser klare Quellenausspruch hat die Rechtslehrer eben so wenig, wie die oben behandelte L. 10. §. 1. D. d. usurp. (41, 3) zur gründlichen Prüfung der von ihnen angenommenen Servituten-Ersitzung bewegen können, vielmehr bekämpften sie zu Gunsten derselben den offenbaren Sinn der Stelle, und bedienten sich, da das bequeme Mittel der Interpolation schlechterdings nicht angewendet und so wieder die Schuld auf die thörichten Compilatoren geschoben werden konnte, nach dem Vorgange der Glosse der gewaltsamsten Interpretation. Cuiacius [50]) sucht die L. 3. §. 4. cit. mit der L. 10. §. 1. D. d. usurp. dadurch zu vereinigen, daß er behauptet, das longum tempus gäbe nur eine actio utilis, während durch vetustas eine actio directa erworben werde; daß diese Unterscheidung eine practisch durchaus unerhebliche und der Theorie nach bei der Lage der Quellen unhaltbare sei, hat bereits Savigny nachgewiesen. [51])

Andere leiten aus der L. 3. §. 4. cit. eine Grundeintheilung der Erwerbung sämmtlicher Servituten ab, welche, da die Quellen auch nicht den allergeringsten Anhalt dazu geben, durch ihre beispiellose Willkührlichkeit merkwürdig, zugleich aber auch durch die erfolgte häufige Anwendung in der Praxis des Mittelalters und der neueren Zeit von großer Bedeutung geworden ist. Es sind hier drei Ansichten zu unterscheiden:

a) Servituten werden in 10 resp. 20 Jahren erworben, wenn der Besitz nec vi, nec clam, nec precario begonnen hat; ist dies nicht der Fall, so wird vetustas quae memoriam excedit erfordert. [52]) Savigny [53]) verwirft diese Phantasie durch den schlagenden Einwand, daß vetustas, quae memoriam excedit eine Zeit von

50) Cuiacius, Observ. XVIII. 28.
51) Savigny, System Bd. IV. p. 496.
52) Donellus XI. 11. §. 17.
53) Savigny a. a. O. p. 497.

unbekanntem Anfang darstellt, mithin bei dieser von einem vitiösen Anfange nicht die Rede sein kann.

b) Ist ein Rechtstitel vorhanden, so genügt 10- resp. 20jähriger Besitz, fehlt dieser, so ist vetustas, quae memoriam excedit nöthig.[54]) Diese Ansicht wird durch die im §. 3. behandelten Stellen, und zwar namentlich durch die sub No. II. aufgeführte direct widerlegt, indem darin ausdrücklich gesagt wird, es sei zum Erwerb der actio confessoria utilis kein Titel nothwendig.

c) Servitutes continuae werden in 10 resp. 20 Jahren, discontinuae servitutes dagegen nur durch vetustas, quae memoriam excedit erworben.[55]) Wenn Savigny diese Ansicht, obwohl er sie verwirft, eine scheinbarere als die bisher angeführte nennt, so kann er dies wohl nur in Bezug auf die practische Anwendung, abgesehen von den römisch rechtlichen Quellen, beziehen. Diese Unterscheidung zwischen continuae und discontinuae servitutes, welche in der L. 3. §. 4. cit. und der schon früher berührten L. 14. pr. D. d. serv. (8, 1) enthalten sein soll, ist eine aus Verlegenheit entstandene Erfindung, welche allein schon durch die Betrachtung der L. 5. §. 3. cit. (No. I.) zerfällt, in welcher für die Erwerbung der discontinua servitus itineris die longa possessio als hinreichend erklärt wird.[56]) Wenn trotzdem diese Ansicht nur allzu häufig bei den Entscheidungen der Gerichte maßgebend gewesen ist, so kann man nur mit Otto sagen „error jus fecit“.[57])

---

54) Van de Water, Observ. II. 18.

55) Glossa quaesisti in L. 2. C. d. servit. (3, 34) und forte tot in L. 10. si serv. (8, 5).

56) Savigny a. a. O. p. 499.

57) Otto, Dissert. jur. publ. et priv. P. I. Traiecti ad Rhenum 1723 Cap. II. §. 7. p. 432: At quid in praxi? Error jus fecit. Siquidem unanimo Pragmaticorum calculo approbata est sententia, solas

Unterholzner, der die bisher angeführten Ansichten verwirft[58]), behauptet, die L. 3. §. 4. cit. spreche gar nicht von einer Wasser-Servitut, sondern von einem Abzugsgraben, und sei daher identisch mit dem in L. 1. §. ult. D. d. aq. et aq. pluv. arc. von den Legal-Servituten Gesagten. Wie Unterholzner zu dieser Art der Auffassung gekommen ist, werden wir am besten aus seinen eigenen Worten sehen. Er sagt in seiner Verjährungslehre §. 141. S. 506:

„Gewöhnlich nimmt man an, daß diese Stellen — Unterholzner behandelt sämmtliche Stellen, in welchen vetustas vorkommt, zusammen, es sind dies außer unserer L. 3. §. 4. cit. noch L. 1. §. ult. L. 2. L. 26. D. d. aq. et aq. pluv. arc. act. L. 28. D. d. probat. L. 3. pr. D. d. loc. et itin. publ. — von Dienstbarkeitsrechten sprechen; ich selbst setzte früherhin (Verjähr. d. fortgef. Besitz. §. 45. No. 3. bis 5.) dies als ausgemacht voraus. Diese Ansicht verwickelt aber in die größten Schwierigkeiten. Es wird in der Folge (Thl. II. §. 198. sqq.) gezeigt werden und geht zum Theil schon aus der im vorigen Paragraphen angeführten L. 1. §. ult. D. d. aq. et aq. pluv. arc. hervor, daß ein longum tempus, d. h. eine Zeit von 10 oder 20 Jahren, hinreichend ist, um denjenigen zu schützen, der ein Dienstbarkeitsrecht ausgeübt hat, ohne daß man ihm vorwerfen kann, er habe es heimlich, gewaltthätig oder blos vergünstigungsweise gethan. Wozu also noch außerdem die Annahme einer unvordenklichen Verjährung? Die Lösung dieser Schwierigkeit ist denn auch von den Gelehrten unseres Faches auf sehr mannigfaltige Weise versucht worden."

Unterholzner führt sodann zwei Gründe an, welche es

---

continuas longo tempore acquiri, in discontinuis seu rusticis vero opus esse praescriptioni immemoriali. — Vgl. Glück a. a. O. Bd. IX. p. 148.

58) Unterholzner a. a. O. §. 141.

wahrscheinlich machen sollen, daß unsere Stelle gar nicht von einer Dienstbarkeit rede; nämlich

1) Es werde die Unvordenklichkeit hauptsächlich in solchen Stellen erwähnt, welche in dem Titel de aqua et aquae pluviae arcendae actione Platz gefunden haben, während diejenigen Titel, die ex professo von den Dienstbarkeiten handeln, durchaus nichts davon enthielten.
2) Täuschend sei nur der „ductus aquae“ (L. 3. §. 4. cit.), weil er an die servitus aquaeductus erinnere; allein auch hier sei an einen Abzugsgraben zu denken, und es möchte nicht unbedeutend sein, daß der Ausdruck aquaeductus vermieden sei.

Auf den ersten Grund ist zu entgegnen, daß der Titel de aqua quotidiana et aestiva, in der die L. 3. §. 4. cit. steht, gewiß ex professo von den Dienstbarkeiten handelt; auf den zweiten, daß, wie bereits Schirmer, der Bearbeiter der Verjährungslehre von Unterholzner, §. 142. S. 511 Note x erwähnt, auch sonst in folgenden Stellen für die Wasserleitungs-Servitut der Ausdruck „ductus aquae“ gebraucht wird: L. 5. §. 1. D. d. serv. (8, 1) L. 34. §. 1. D. d. S. P. R. (8, 3) L. 17. pr. D. d. aq. pluv. arc. (39, 3) L. 1. §. 1. D. d. fonte (43, 22).

Die Auffassung der L. 3. §. 4. cit. von Unterholzner ist eine so gesuchte, daß sie einer weiteren Widerlegung wohl nicht bedarf; sie wird durch sein eigenes Geständniß, daß er von der natürlichen Auffassung entstehender Schwierigkeiten halber abgehe, gerichtet.

Savigny endlich, welcher alle diese Erklärungen für unzureichend hält, sucht den Widerspruch zwischen der L. 3. §. 4. cit. und den No. I. bis VIII. behandelten Stellen folgendermaßen zu lösen:

Im Titel de aqua quotidiana et aestiva (43, 20) wird in L. 1. §. 38. das interdictum quo ex castello angeführt. Dieses Interdict gewährt, wie sich aus den folgenden Paragraphen

ergiebt, demjenigen Schutz, welchem durch kaiserliche Gnade Wasserbezug aus einem öffentlichen Wasserbehälter gestattet ist, und unterscheidet sich dadurch besonders noch von dem interdictum de aqua quotidiana et aestiva, daß hier ähnlich wie bei dem interdictum de itinere actuque reficiendo, sogleich über das jus assignationis selbst entschieden wird.

Dieses Wasserleitungsrecht steht gewissermaßen zwischen den eigentlichen Servituten und den Legal-Servituten. Von den eigentlichen Servituten unterscheidet es sich dadurch, daß das Object nicht ein im Privateigenthum befindlicher Gegenstand, sondern ein öffentliches Institut ist, und von den Legal-Servituten darin, daß es nicht allen Interessenten gleichmäßig zukommt, sondern von jedem einzelnen erworben werden muß. Savigny behauptet nun, daß unsere Stelle die L. 3. §. 4. cit. sich auf diese besondere Art von Wasserleitungsrecht allein beziehe. Er fühlt selbst, daß sein Verfahren bei der Interpretation dieser Stelle nicht correct ist und sucht das gewaltsame Hineintragen des Begriffs von aqua publica durch den Umstand zu entschuldigen, daß die L. 3. §. 4. cit. mitten unter Fragmenten steht, welche von einem Wasserleitungsrecht aus öffentlichen Instituten reden. Dies kann jedoch eine derartige Auffassung der L. 3. §. 4. cit. durchaus nicht rechtfertigen; jedenfalls bleibt der Vorwurf bestehen, daß ein ganz allgemein ausgesprochener Grundsatz auf einen Specialfall beschränkt wird, ohne daß die Worte den geringsten Anhalt dazu geben. Diese Auslegung der Stelle ist, wie auch Savigny selbst bemerkt, bereits in der Glosse vorhanden und von ihm nur weiter ausgeführt. Unterholzner kritisirt die ursprüngliche Auffassung der Glosse mit folgenden Worten: [59])

„Ebenfalls schon in der Glosse enthalten ist eine andere Meinung, welche zwischen Wasserleitungen, die aus öffentlichen Flüssen abgeleitet sind, und zwischen rein privatrechtlichen Wasserleitungen unterscheidet, so daß bei den Wasserleitungen

59) Unterholzner a. a. O. p 508.

ersterer Art nur die Unvordenklichkeit eine Verjährung zu begründen im Stande wäre. Allein diese Unterscheidung ist nicht nur unerweislich, sondern erscheint auch als höchst unwahrscheinlich, wenn man bedenkt, daß in den Stellen, welche von der Unvordenklichkeit sprechen, nothwendig eine Spur davon vorkommen müßte."

Es ist nun, nachdem gezeigt worden, daß die L. 3. §. 4. cit. in Folge der Annahme einer Servituten-Ersitzung bisher von allen Rechtslehrern auf eine willkührliche ihrem Wortlaut widersprechende Weise aufgefaßt worden ist, zu prüfen, ob diese Stelle ihrem natürlichen Sinne nach mit den in §§. 3. und 4. interpretirten Fragmenten übereinstimmt.

Pomponius sagt in der L. 3. §. 4. cit.: Wasserleitungen, deren Entstehung über Menschengedenken hinausgeht, werden rechtmäßig bestellten gleich geachtet.

Der allgemeine Ausdruck „Wasserleitungen" muß, da er ohne jede genauere Bezeichnung hingestellt wird, auf alle Arten der Wasserleitung bezogen werden, die vor der citirten Stelle in dem betreffenden Titel erwähnt werden. Der Ausspruch des Pomponius muß daher sowohl auf die eigentlichen Wasserleitungs-Servituten, als auch auf die aus öffentlichen Instituten bezogenen Wasserleitungen angewendet werden. Bei den letzteren, auf die sich das interdictum ex quo castello bezieht, ist die Sache ganz einfach und sogleich klar: Ulpian sagt in L. 1. §. 38. sqq. h. t., daß ein derartiges Wasserleitungsrecht nur von dem Princeps verliehen werden könne, und in der L. 3. §. 4. h. t. cit. wird hinzugefügt, daß jedoch Wasserleitungen aus öffentlichen Anstalten, die über Menschengedenken hinaus beständen, rechtmäßig bestellten gleich geachtet werden sollen, d. h. vetustas, quae memoriam excedit wird dem jus adsignatum hier gleichgestellt. Daß ein solches Wasserleitungsrecht auch schon in kürzerer Zeit erworben werden könne, wird im Corpus Juris nirgends erwähnt.

Anders ist es bei den eigentlichen Wasserleitungs-Servituten.

Aus den im §. 3. sub No. II. und IV. interpretirten Stellen hat sich ergeben, daß, wer eine servitus aquae ducendae eine bestimmte Reihe von Jahren hindurch auf eine gewisse Weise ausgeübt hat, auch ohne Nachweis des jus servitutis durch diejenigen Rechtsmittel utiliter geschützt wird, welche eigentlich nur nach Nachweis des Servitutenrechtes gegeben werden. Dieser Schutz war jedoch nur derartig, daß man präsumirte, wer eine Servitut auf die bestimmte Weise ausgeübt hatte, müßte einmal eine Servitut rechtmäßig bestellt bekommen haben. Dem belasteten Eigenthümer steht aber der Beweis frei, daß die Servitut nicht rechtmäßig bestehe. Gelingt dieser Beweis, so muß der Servitutansprecher abgewiesen werden, gelingt er nicht, so wird ihm die Servitut rechtmäßig zugesprochen. Der Ausgang des Verfahrens zeigt also erst, ob eine derartig ausgeübte Servitut loco jure constitutae zu halten sei; keineswegs aber kann man von jeder so ausgeübten Servitut von vorn herein sagen, sie habe dieselbe Kraft, wie eine wirklich rechtmäßig bestellte.

Sieht man nun zu, was die Römer unter memoria in dem Sinne unserer Stelle verstehen, so finden sich im Corpus Juris zwei übereinstimmende Definitionen derselben; nämlich

1) L. 2. §. 8. D. d. aq. et aq. pluv. arc. act. (39, 3):
(Paulus.) Idem Labeo ait, cum quaeritur, an memoria exstet, facto opere, non diem et consulem ad liquidum exquirendum; sed sufficere, si quis sciat factum: hoc est, si factum esse non ambigatur, nec utique necesse esse, superesse, qui meminerint, verum etiam, si qui audierint eos, qui memoria tenuerint.

2) L. 28. D. d. prob. (22, 3):
(Labeo.) Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria exstet, hoc ei quaerendum est: an aliquis meminerit, id opus factum esse? Paulus: immo cum, in arbitrio quaeritur, memoria operis facti exstet, nec ne: non hoc quaeritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo consule factum

sit; et hoc ita, quod Graeci dicere solent ἐν πλάτει, enim potest hoc memoria non teneri: intra annum puta factum, cum interim nemo sit eorum, qui meminerit, quibus consulibus id viderit: sed cum omnium haec est opinio nec audisse, nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex iis audisse, qui vidissent aut audissent: et hoc infinite similiter fusum versum accidit: cum memoria operis facti non exstaret. [60])

Da nun, wie aus den beiden angeführten Stellen zweifellos hervorgeht, ein Beweis der Freiheit des Eigenthums und ein origo servitutis, quae memoriam excedit sich gegenseitig ausschließen, so sagt Pomponius mit Recht und ohne der vetustas, quae memoriam excedit eine Wirkung beizulegen, welche schon einem weit kürzeren Zeitraum — longa quasi possessio — zukäme, daß eine Wasserleitung, deren Entstehung über Menschengedenken hinausgeht, einer rechtmäßig bestellten gleich zu achten sei.

Es ist hier noch eine zweite Stelle zu erwähnen, in welcher, wie manche glauben, ebenfalls von der Wirkung der vetustas auf Servituten die Rede sei. Dies ist die bereits im §. 3. sub No. IV. behandelte

L. 26. D. d. aq. et aq. pluv. arc. act. (39, 3):
(Scaevola.) Solere eos, qui juri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas dat, tametsi jus non probaretur.

Der Ausdruck ductus aquae könnte eben so gut wie in der L. 3. §. 4. cit. eine Wasser-Servitut bedeuten, doch glaube ich, daß, da jede nähere Bezeichnung fehlt, hier der Titel, in dem die Stelle steht, den Ausschlag giebt, und demnach anzunehmen ist, daß von Abzugsgräben gesprochen wird. Nimmt man dies an, so bedeutet vetustas hier jedenfalls vetustas, quae memo-

60) Wegen der abweichenden Lesarten vergl. Glück a. a. O. Bd. XXI. p. 405 sq.

riam excedit; da, wie sich aus L. 2. §. 1. 7. 8. h. t. ergiebt, nur diese an die Stelle der lex tritt, und die hier ausgesprochene Wirkung stimmt mit der bei L. 1. §. ult. h. t. (No. III.) erläuterten überein.

Versteht man, was auch möglich ist, unter ductus aquae eine Wasserleitungs-Servitut, so ist vetustas nicht als vetustas, quae memoriam excedit aufzufassen. Vetustas kommt nämlich im Corpus Juris als Bezeichnung für verschiedene Zeitabschnitte vor und ist nur dann als vetustas, quae memoriam excedit zu nehmen, wenn dies ausdrücklich gesagt wird, oder aus Vergleichung mit andern Stellen hervorgeht, was hier nicht der Fall ist. Es würde vetustas dann einen Zeitabschnitt bedeuten, der dem gleich ist, für welchen die Ausdrücke „longae possessionis praerogativa, diuturnus usus et longa quasi possessio, qui diu usus est servitute“ vorkommen. Daß die Wirkung der vetustas der der anderen Ausdrücke entspricht, ist bereits in §. 3. sub No. IV. gezeigt worden.

Wollte man endlich aber auch, wenn man die L. 26. cit. auf Servituten bezieht, unter vetustas eine solche quae memoriam excedit verstehen, wozu man nicht berechtigt ist, so würde, auch in diesem Falle die Stelle mit der gegebenen Erklärung des Einflusses der Zeit auf die Servituten übereinstimmen, so daß die verschiedenartige Auffassung dieses Fragmentes auf die hier zu entscheidende Frage ganz ohne Einfluß ist.

Wenn Savigny[61]) als Consequenz der vorher angeführten gezwungenen Interpretation von L. 3. §. 4. cit. sagt:

„Wichtiger ist der allgemeine Gesichtspunkt des Rechtsinstituts (vetustas, quae memoriam excedit), der aus diesen einzelnen Regeln hervorgeht, und wovon noch bei der neueren Gesetzgebung Gebrauch gemacht werden wird. Aber das wichtigste Resultat ist das negative, indem durch den hier geführten Beweis die Servitutenlehre von jeder Anwendung der unvor-

61) Savigny a. a. O. §. 197. p. 504.

denklichen Zeit gänzlich befreit wird. Ja nicht einmal auf die Servituten bleibt dieser Gewinn beschränkt, vielmehr kommt er auch den germanischen Reallasten zu gut, deren Verjährung großen Theils nach den römischen Regeln über die Servituten zu beurtheilen ist."

so ist dies eine irrthümliche und zu verwerfende Beschränkung der vetustas, quae memoriam excedit; dieselbe verleiht vielmehr ein Servitutrecht, das einem rechtmäßig bestellten ganz gleich kommt, und diese ihre Wirkung wird sie auch bei denjenigen germanischen Instituten behaupten müssen, die nach den Regeln der römischen Servitutenlehre zu beurtheilen sind.

Das Resultat des römischen Rechts ist: die 10- resp. 20jährige fehlerlose Ausübung gewisser Servituten bewirkt praesumtio juris für ihre Rechtmäßigkeit, die unvordenkliche Ausübung dagegen, der Natur der Sache nach, praesumtio juris et de jure.

§. 6.

Kritik über die bisherige Auffassung der in den vorigen Paragraphen behandelten Stellen.

In den vorigen Paragraphen ist gezeigt worden, daß von einer bestehenden erwerbenden Verjährung der Servituten im Corpus Juris nichts gesagt wird, daß vielmehr die Stellen, aus welchen bisher eine solche abgeleitet worden ist, eine andere Bedeutung haben, kraft deren sie mit dem offenbaren und natürlichen Sinn der L. 4. §. 29. D. d. usurp., L. 10. §. 1. D. eod. (41, 3) und L. 3. §. 4. D. d. aq. quot. et aest. (43, 20) vollständig übereinstimmen. Es soll nun die in der Einleitung hingestellte Behauptung, daß alle Rechtslehrer die Servituten-Ersitzung bisher entweder als selbstverständlich ohne jeden Beweis angenommen haben, oder bei der Begründung derselben oberflächlich zu Werke gegangen sind, gerechtfertigt werden. Dies kann

natürlich nur dadurch geschehen, daß man unter den zahlreichen Schriftstellern die Art und Weise der Begründung derjenigen, welche sich am eingehendsten mit diesem Stoffe beschäftigt haben, einer näheren Betrachtung unterwirft.

Muther, der Verfasser der neuesten Abhandlung über die Servituten-Ersitzung, geht über die Basis seines Themas mit einer wunderbar dictatorischen Kürze hinweg, indem er, ohne jemals in seiner Schrift darauf zurück zu kommen, das Bestehen einer Servituten-Ersitzung nach römischem Recht folgendermaßen beweist: [62])

„Es bildete sich nun durch das prätorische Recht, unterstützt durch die Prudentum auctoritas und kaiserliche Constitutionen, eine neue, mit der longi temporis praescriptio nicht identische, aber aus ihr hervorgegangene und als erweiterte Anwendung derselben zu betrachtende, auch dieselbe Verjährungszeit beibehaltende, Ersitzung der Servituten aus, welche diesen ganz eigenthümlich und nur auf sie anwendbar ist, indem der longa quasi possessio, der longa (longi temporis) consuetudo oder dem diuturnus usus, prätorischer Schutz in Gestalt einer utilis actio (confessoria) verliehen wurde. In dem letzten Punkte liegt nun auch der hauptsächlichste Unterschied zwischen dieser Servituten-Ersitzung und der longi temporis praescriptio; durch erstere wird ein Klagrecht erworben, — sie ist also, um diesen Ausdruck zu gebrauchen, eine Acquisitiv-Verjährung; letztere aber war höchst wahrscheinlich im vorjustinianischen Recht blos eine Extinctiv-Verjährung. Die von dieser Servituten-Ersitzung sprechenden hierhergehörigen Stellen sind folgende: L. 10. D. si serv. vind. (8, 5) L. 1. §. ult. D. d. aq. et aq. pluv. arc. act. (39, 3) L. 5. §. 3. D. d. it act. priv. (43, 19) L. 28. D. d. S. P. U. (8, 2) L. 25. D. quemdmd. serv. amitt. (8, 6) L. 1. C. d. serv. (3, 34) L. 2. C. eod."

62) Muther, die Ersitzung der Servituten, Erlangen 1852, S. 3.

Eine weitere Ausführung, namentlich eine Interpretation der zuletzt als Beweis seiner Behauptung aufgezählten Fragmente, hält Muther für ganz überflüssig; wenn derselbe auch in dem Vorworte zu seiner Schrift als Verwahrung gegen eine zu scharfe Kritik derselben sagt:

„Trotz der vortrefflichen Bearbeitungen, deren sich unser Thema in neuerer Zeit von namhaften Männern zu erfreuen hatte, erschien es nicht überflüssig, dasselbe nochmals einer unbefangenen Betrachtung zu unterwerfen. Wir schmeicheln uns dabei nicht durch Neuheit der Gedanken unserer Darstellung einen besonderen Glanz verliehen zu haben, wir sind auch weit davon entfernt, durch das Gewicht der von uns in die Waagschale geworfenen Gründe die Controverse für abgeschlossen zu erwähnen, aber wir haben mit Liebe und gutem Willen gearbeitet."

und weiterhin:

„Deshalb haben wir namentlich nicht in weitläufige historische Untersuchungen uns eingelassen, noch haben wir es vermocht, im kühnen Fluge speculativer Gedanken den Gegenstand aus der Vogelperspective zu überschauen. In einfach schlichter Sprache soll in der dem Practiker am zugänglichsten Form eines kleinen Kompendiums das Resultat der bisherigen Forschungen gegeben werden mit kritischer Ausscheidung des Schlackenhaften, mit unbedingter Anerkennung des als wahr Erkannten, wobei wir uns freilich auf eigenen Füßen zu gehen hie und da erlauben mußten."

so kann ihn dies von dem Vorwurf der Ungründlichkeit nicht befreien. Jedenfalls möchte es nichts weniger als „auf eigenen Füßen stehen" heißen, wenn er sich bei der Begründung des Rechtsinstituts, welches er zum Gegenstande seines speciellen Studiums gemacht hat, auf frühere Schriftsteller (Unterholzner und Glück) beruft, die noch dazu ebenfalls keine gründliche quellenmäßige Beweisführung geben. Ein schlagender Beweis, daß die von der Interpolation drohende Gefahr nicht übertrieben geschil-

dert iſt, liegt darin, daß Muther den directen Widerſpruch, in dem die L. 10. §. 1. D. d. usurp. (41, 3) mit einer Servituten-Erſitzung ſteht, gar nicht mehr erwähnt.

Unterholzner, auf den ſich Muther ſtützt und der einer der gründlichſten Bearbeiter unſeres Themas iſt, beweiſt das Vorhandenſein einer Servituten-Erſitzung wie folgt: [63])

„Der in den vorigen Paragraphen bewieſenen Ausſchließung der usucapio ungeachtet finden wir dennoch mehrere Stellen aus der Zeit der Digeſtenſchriftſteller, welche auf die Zuläſſigkeit einer Erwerbung der Dienſtbarkeitsrechte durch fortgeſetzten Beſitz hinweiſen. — Die hier in nähere Betrachtung zu ziehenden Stellen ſind folgende: L. 10. pr. D. si serv. vind. L. 1. §. ult. D. d. aq. pluv. arc. act. L. 5. §. 3. D. d. itin. act. priv. L. 28. D. d. S. P. U. L. 25. D. quemdmd. serv. amitt. L. 1. C. d. serv. L. 2. C. d. serv. Daß hier von einer Erwerbung der Dienſtbarkeitsrechte durch Verjährung die Rede iſt, iſt keine Frage, denn Ulpian (No. 1.) ſpricht von einem nancisci des Waſſerleitungsrechts, und in einer andern Stelle (No. 2.) wird geſagt, daß die Dienſtbarkeit vel ex jure imposita geachtet werde. Nicht minder klar iſt der Ausdruck in der Verordnung des Antonin (No. 6.), daß der Ablauf des longum tempus „vicem servitutis“ behaupte. Die entſcheidenſte Beweisſtelle aber würde eine andere Verfügung deſſelben Kaiſers ſein (No. 7.), wo der Ausdruck „servitutem tempore quaerere“ vorkommt, wenn dieſe Stelle nicht ſonſt ihre Schwierigkeiten hätte.“

Was von dieſen von Unterholzner für den Beweis einer Servituten-Erſitzung als ſchlagend angeführten Ausdrücken zu halten iſt, iſt im §. 3. bei der Behandlung der einzelnen Fragmente gezeigt worden. Ueberraſchend iſt die Zuverſicht und Kürze, mit der verfahren wird, die eben zeigen, daß die Prämiſſe, ob eine Erſitzung der Servituten wirklich ausgeſprochen iſt, gar keiner

63) Unterholzner a. a. O. §. 198. p. 140 flg.

ernsten Prüfung unterzogen, sondern als ausgemacht angenommen wird.

In ähnlicher Weise wie Unterholzner, ja zum Theil noch weit oberflächlicher, verfahren die übrigen Rechtslehrer bei dem Nachweis der Servituten-Ersitzung. Hauptsächlich werden sie durch die in den Fragmenten versprochene actio confessoria utilis getäuscht, welche sie als den unzweifelhaften Beweis einer erwerbenden Verjährung der Dienstbarkeitsrechte ansehen. Wenn nun Unterholzner in Uebereinstimmung mit fast allen Rechtslehrern a. a. O. S. 143 sagt: „daß die Dienstbarkeitsverjährung in Folge der durch sie begründeten „utilis actio“ als eine erwerbende Verjährung angesehen werden muß“, so ist dies unzweifelhaft richtig, wenn bereits nachgewiesen worden ist, daß eine Verjährung der Servituten überhaupt besteht; aber nimmermehr folgt daraus, daß eine utilis actio gegeben wird, daß Servituten ersessen werden. Die Rechtslehrer, welche so deduciren, müßten, wollten sie consequent sein, auch in allen Fällen, wo eine utilis vindicatio, die actio Publiciana, gewährt wird, eine Eigenthumsersitzung annehmen. Am deutlichsten tritt diese Täuschung bei Vangerow hervor, welcher das Bestehen einer Servituten-Ersitzung allein dadurch begründet, daß eine utilis actio gegeben werde. Vangerow sagt in seinem Lehrbuche der Pandecten §. 351. S. 762:

„Wenn nun also auch im späteren Rechte keine Usucapion der Servituten mehr vorkommen konnte, so entstand doch durch Gerichtsgebrauch die Ansicht, daß durch langjährige Ausübung (diuturnus usus, longa quasi possessio, longae possessionis praerogativa, longa consuetudo, longi temporis consuetudo niemals auch longi temporis praescriptio) wenigstens eine actio utilis erworben werden könne; und so vielfach hierbei auch ohne Zweifel die Analogie der bei dem Eigenthum vorkommenden longi temporis praescriptio mitgewirkt hat, so sind doch beide Institute keineswegs in allen Beziehungen nach völlig gleichen Grundsätzen zu beurtheilen.“

Ohne eine weitere Begründung zu geben, spricht dann Vangerow wenige Zeilen darauf von einer römischen Servituten-Verjährung.

Das Resultat der hier geführten Untersuchung ist bis jetzt, daß die 10- resp. 20jährige unter gewissen Bedingungen stattgehabte Ausübung einzelner Servituten im Falle der Störung in dieser Ausübung ein Klagerecht, mithin das Recht gewährt, eine definitive Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der fraglichen Servituten herbeizuführen, wobei der Kläger nur die bestimmte Ausübung zu beweisen hat, der Verklagte dagegen gezwungen wird, die Freiheit seines Eigenthums zu beweisen, in gleicher Weise wie er bei Anstellung der actio Publiciana den Beweis des Eigenthums an der Sache führen muß. Daß eine solche Wirkung der fortgesetzten fehlerlosen Ausübung auf die Servituten dem römischen Recht nicht zuwider ist, sondern in demselben vor oder auch nach Justinian gegolten hat, haben Glück und Dabelow darzuthun versucht, deren Ansichten hier noch näher zu prüfen sind.

Dabelow[64]) sagt, nachdem er gezeigt, daß eine usucapio der Servituten ursprünglich bestanden hat, durch eine lex Scribonia aber wieder aufgehoben worden ist, und ausgeführt hat, daß deshalb auch die longi temporis praescriptio servitutum unstatthaft sei:

„Gleichwohl finden wir in Justinian's Gesetzsammlung mehrere Fragmente, — es folgen die im §. 3. in dieser Schrift sub No. I., II., V. und VI. aufgeführten Stellen — die auch von einer bei Servituten angenommenen Verjährung nach dem Scribonischen Gesetze verstanden werden können."

Aus diesen Stellen hätten die Rechtslehrer eine außerordentliche Ersitzung der Servituten abgeleitet. Die Auffassung verwirft er und giebt im §. 49. seine eigene Ansicht dahin an:

„Vor dem Scribonischen Gesetze konnte von keiner Prä-

64) Dabelow a. a. O. §. 48. S. 216 flg.

scription der Servituten die Rede sein, weil usucapio dabei stattfand, es wäre denn, daß die Erfordernisse der usucapio gefehlt hätten. Auch nach dem Scribonischen Gesetze blieb praescriptio eben so gut als usucapio bei Servituten ausgeschlossen, und wurde auch nie weder durch den Prätor noch durch die Rechtsgelehrten dabei eingeführt. Doch glaubte der Prätor, des Verbots der Verjährung bei Servituten ungeachtet, denjenigen um so eher im Besitze erhalten und schützen zu müssen, welcher ein longum tempus hindurch sich im Besitz und in der Ausübung einer Servitut weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise befunden hatte, als er bei einigen Dienstbarkeiten um des gemeinen Besten willen einen solchen Schutz binnen einer kürzeren Zeit ertheilt hatte. Dieser Schutz, [der sich ohne Ausnahme auf alle Servituten erstreckte], war aber keine Präscription, sondern wurde nach den Grundsätzen von den prätorischen possessorischen Rechtsmitteln beurtheilt. Der Inhaber der Servitut wurde daher nur so lange in seinem Besitze geschützt und erhalten, bis durch den Rechtsstreit über die Zuständigkeit der Servitut entschieden war, daß ihm keine Dienstbarkeit zustand. — Aber bei diesem Rechtsstreite kam dem Besitzer das longum tempus dahin zu statten, daß daraus für ihn, wenn er die Eigenschaften des dabei vorausgesetzten Besitzes nachgewiesen hatte, die gegründete Vermuthung entstand, daß er die Servitut auf eine rechtmäßige Art erworben habe. Er brauchte daher bei der gegen ihn nach erfolgtem Schutze im Besitze angestellten Negatorienklage nicht die Zuständigkeit der Servitut zu beweisen, sondern der Kläger mußte die Freiheit auf das Bündigste darthun. Ihm stand, wenn er longum tempus und die gesetzmäßigen Erfordernisse des Besitzes während dieser Zeit erwiesen hatte, wegen der daraus für die Rechtmäßigkeit seines Besitzes entspringenden Vermuthung eben so gut vindicatio servitutis zu als einem, der die Servitut durch Vertrag, letzten Willen, oder auf andere regelmäßige Art erworben hatte, nur mußte er bei dieser

vindicatio [immer] die Rechtszuständigkeit selbst mit erörtern lassen. Bei einer praescriptio servitutum verhielt sich die Sache anders. Konnte hier der Besitzer nur bonam fidem, justum titulum und longum tempus nachweisen, so mußte er in dem Besitze fortdauernd erhalten werden, und wurde kein Streit über das Recht selbst mehr zugelassen. — (S. 222:) Wenn übrigens gesagt wird, daß derjenige, welcher ein longum tempus hindurch in einem fehlerfreien Besitze der Servitut sich befunden, als ein solcher angesehen werden soll, der rechtmäßig die Dienstbarkeit erworben, und wenn ihm auf den Grund dieses Besitzes sogar vindicatio servitutis gestattet wird, so beweist das alles noch nicht, daß bei Dienstbarkeiten praescriptio stattgefunden, vielmehr läßt sich daraus gerade das Gegentheil darthun. Auch zeigen eben die eigenen sorgfältig gewählten Ausdrücke, welche in den Gesetzen von dieser vermeintlichen praescriptio der Dienstbarkeiten vorkommen, daß man dabei überall an keine Verjährung und folglich auch an keine außerordentliche dachte." [65])

Diese Auffassung der Digestenfragmente, aus welchen die Servituten-Ersitzung abgeleitet zu werden pflegt, ist, sobald man von den eingeklammerten Worten absieht, eine durchaus richtige. Allerdings aber zeigen die eingeklammerten Stellen, daß Dabelow von einer wirklich richtigen Erkenntniß der Fragmente weit entfernt ist, wie sich im zweiten Kapitel dieser Schrift weiter zeigen wird. Sodann ist Dabelow, wie allen Rechtslehrern, der Vorwurf zu machen, daß er keine genaue Interpretation der Stellen giebt [66]), was ihm um so mehr zur Last zu legen ist, als er eine der communis opinio entgegenlaufende Auffassung, wenn auch nicht ganz neu aufstellt, so doch zu begründen versucht. Da-

65) Nichtsdestoweniger bezeichnet Dabelow den geschilderten Inhalt der Stellen mit dem Ausdruck „schützende Verjährung"; vgl. Dabelow a. a. O. Thl. II. §. 101. S. 1 flg.

66) Dabelow giebt nur eine sehr unklare Interpretation von L. 10. D. si serv. vind. (II.); vgl. a a. O. Thl. II. §. 103. S. 5 flg.

below führt im Allgemeinen aus, daß die betreffenden Stellen auch ohne Präscription anzunehmen verstanden werden können, anstatt strict zu beweisen, daß eine solche Annahme überhaupt unstatthaft und ungerechtfertigt ist. An der richtigen Erkenntniß hinderte ihn vorzüglich das, daß er von dem Begriffe der Verjährung überhaupt eine falsche Vorstellung hatte, was unzweifelhaft daraus hervorgeht, daß er die von ihm dargestellte Wirkung des longum tempus bei den Servituten noch eine Verjährung nennt.

Folgen wir Dabelow in seiner weiteren Entwickelung, so äußert er sich über die L. 1. und 2. C. d. serv. (3, 34) S. 224 dahin:

„Einzelne Rescripte der Kaiser scheinen zwar das Gegentheil — von dem, was vorher angeführt worden — zu beweisen, beweisen aber im Grunde nichts, indem die darin angenommenen Grundsätze sichtbar eine Verwechselung der Grundsätze von der eigentlichen Präscription mit dieser sogenannten uneigentlichen bei Servituten enthalten, auch überdies nicht als abändernde Gesetze betrachtet werden können."

und schließt hieran die Note 9:

„Die L. 1. C. d. serv. beweist nichts. Mehr allerdings die L. 2. C. d. serv. — Allein ein Mal widerspricht das quaesisti der übrigen Gesetzes-Theorie, und zweitens läßt sich dasselbe auch, ohne Präscription anzunehmen, erklären."

Auf Seite 229 fährt er fort:

„Man würde die sogenannte außerordentliche Verjährung der Servituten gar nicht zur erwerbenden, sondern nur zur schützenden Verjährung zählen können, wenn sie sich nicht, wie sich hernach zeigen wird, theils durch Justinian's Gesetzgebung, theils durch den Gerichtsgebrauch zu einer erwerbenden Verjährung von einer ganz eigenen Art gemacht hätte."

Dies begründet er §. 55. S. 241 so:

„Der erwerbenden Verjährung zur Seite stand die sogenannte außerordentliche Verjährung der Servituten in der

Masse, wie ich sie oben geschildert habe. Da vor Justinian die Rescripte kein allgemein gültiges Recht begründeten, so konnte auch die oben angezogene L. 2. C. d. serv. in den bisher von dieser sogenannten außerordentlichen Verjährung angenommenen Grundsätzen keine Revolution bewirken. Bei Servituten war also von den zu der erwerbenden Verjährung nöthigen Erfordernissen nicht die Rede, weil die dabei stattfindende Verjährung keine eigentliche erwerbende, sondern blos eine schützende war. Es bleibt indessen immer noch die Frage, ob alles das, was ich oben über diese außerordentliche Verjährung gesagt habe, noch stattgefunden, als Justinian zur Regierung kam. Ich glaube doch, die Frage ist zu verneinen. Denn wenn auch Rescripte vor Justinian kein allgemein gültiges Recht machten, so konnte es doch nicht fehlen, daß die Richter den Inhalt derselben als kaiserlichen Willen bei ihren Urtheilssprüchen befolgten. Man nahm daher in den Gerichten, durch jenes Rescript und andere gleichen Inhalts, denn es waren gewiß deren mehrere vorhanden, bestimmt, den Grundsatz an, es finde bei Servituten eben so gut Erwerbung durch Verjährung, als bei anderen Sachen statt. Sonst hätte Justinian von dem, was er in der L. 12. C. d. praescr. verordnete, überall keine Anwendung auf Servituten machen können."

und endlich Seite 276:

„Es ist nicht erweislich, daß Justinian die den Servituten eigenthümliche Verjährung abgeschafft habe, aber sie hat durch ihn eine sehr wichtige Veränderung erlitten. Durch die Verordnung, daß Rescripte der Kaiser allgemein verbindliche Kraft haben sollten, wurde schon in Grundlage des Antoninischen Rescripts (welches hernach selbst dem Codex einverleibt wurde — L. 2. C. d. serv.) die bisherige schützende Verjährung bei Servituten zu einer erwerbenden erhoben."

Die Hinfälligkeit dieser Deduction der Entstehung der erwerbenden Verjährung bei Servituten möchte folgendes darthun:

Was Dabelow über die Rescripte, welche den Pandecten-Fragmenten widersprechen sollen, äußert, enthält einen Widerspruch in sich selbst. Er bezieht sich auf L. 1. und 2. C. d. serv. Von der ersteren sagt er, sie beweise gar nichts. In L. 2. cit. widerspräche das quaesisti der übrigen Gesetzes-Theorie und sodann lasse sich dasselbe auch ohne Annahme einer Präscription erklären. Wie kann man denn aber behaupten, daß eine Stelle, welche sich übereinstimmend mit der — wie sich Dabelow ausdrückt — außerordentlichen Verjährung der Servituten auffassen läßt, eine Verwechselung der Grundsätze der eigentlichen mit denen der außerordentlichen Verjährung bei Servituten enthalte? In der L. 12. C. d. praescr. findet er nicht eine erwerbende Verjährung der Servituten neu begründet ausgesprochen, sondern nur die darin besprochenen Requisite auf die bereits bestehende erwerbende Verjährung der Servituten ausgedehnt. Die Servituten-Ersitzung selbst, meint er, sei durch Gerichtsgebrauch entstanden in Folge der L. 2. C. d. serv. und mehrerer anderer Rescripte, die nirgends erwähnt werden, sondern die er sich hinzudenkt, gleichen Inhalts mit der L. 2. C. cit., also wo möglich solcher, die auch ohne Präscription anzunehmen verstanden werden können.

Von einem solchen Verfahren kann man nur sagen, es widerstreitet der Wissenschaft und der natürlichen Logik.

In Folge dieser Begründung der Servituten-Ersitzung läßt sich nun Dabelow[67]) über die im §. 3. besprochenen Digesten-Fragmente folgendermaßen aus:

„Durch die Unachtsamkeit der Compilatoren der Pandecten ist aber nebst der durch neuere Gesetze eingeführten erwerbenden Verjährung der Servituten auch noch die alte blos schützende Verjährung in die Justinianische Gesetzsammlung aufgenommen worden."

und ferner Thl. II. §. 102. Seite 3 sq.:

67) Dabelow a. a. O. Thl. I. §. 75. S. 360 flg.

„Es fragt sich hier vor allen Dingen: Können wir noch jetzt mit einer Verjährung debütiren, von der wir doch mit Gewißheit wissen, daß sie bei dem Volke, dessen Gesetzgebung sie angehört, sich nach und nach zu einer erwerbenden Verjährung umgebildet hat, und uns nur durch ein Versehen der Compilatoren des römisch justinianischen Rechts in ihrer alten und ursprünglichen Gestalt überliefert worden ist? Müssen wir nicht vielmehr diese Verjährung, so wie manche andere Ueberlieferungen in den Pandecten, zu den veralteten Rechtsinstituten zählen? Die aufgeworfenen Fragen lassen sich nur befriedigend beantworten, wenn man sich die justinianische Gesetzgebung richtig vorstellt. Diese, als ein für sich bestehendes Ganzes, gilt ohne Unterschied, ob das in sie aufgenommene Recht alt oder neu ist, es wäre denn, daß das alte durch das neue namentlich aufgehoben worden, oder das alte mit dem neuen durchaus nicht in Einklang gebracht werden könnte. Insbesondere dürfen wir ein in die Pandecten aufgenommenes Rechtsinstitut nicht anders für unanwendbar erklären, als wenn es durch die Gesetze des Codex oder durch die Novellen aufgehoben, oder durch diese neuere Gesetzgebung das Fundament vernichtet worden ist, worauf es beruht. Alles dieses ist nun aber bei der in die Pandecten aufgenommenen sogenannten praescriptio praetoria servitutum nicht der Fall."

Wir sehen hier, wie ich schon öfter Gelegenheit gehabt habe zu zeigen, daß, da wegen mangelnden Verständnisses der Quellen Schwierigkeiten entstehen, die Schuld wieder auf die unachtsamen Compilatoren gewälzt wird.

Was Dabelow über die Art und Weise, wie das Corpus Juris aufzufassen sei, sagt, ist sehr richtig; es hätte ihn nur zur gründlichen Prüfung der den Digestenstellen, wie er glaubt, nicht correspondirenden Codexstellen veranlassen sollen. Wenn er übrigens behauptet, daß die Digestenstellen mit einer im Codex ausgesprochenen Servituten-Ersitzung ganz in Einklang zu bringen seien, so bleibt er, wie öfter, den Beweis dafür schuldig. Er

übergeht die L. 10. §. 1. D. d. usurp., welche, wie schon früher bemerkt, ihrem natürlichen und offenbaren Sinne nach aufgefaßt niemals mit einer 10- resp. 20jährigen Ersitzung der Servituten in Einklang gebracht werden kann; was allerdings das Bequemste ist.

Dabelow war auf dem richtigen Wege, ist aber nicht an das Ziel gelangt, sondern durch seine falsche Auffassung der Codexstellen zu einem so schiefen Resultat gelangt, daß seine Ansicht nicht allein mit Recht ganz verworfen worden ist, sondern auch sein richtiger Gedanke, daß in den Digesten-Fragmenten keine Ersitzung ausgesprochen werde, von den späteren Schriftstellern nicht gehörig beachtet und verstanden worden ist.

Sehen wir endlich zu, ob uns Glück zu überzeugen vermag, daß neben oder im Gegensatz zu der hier in §§. 3. und 4. ausgeführten Wirkung der fehlerlosen fortgesetzten Ausübung der Servituten eine Ersitzung derselben im Corpus Juris hingestellt wird.

Glück sagt, eine ursprünglich nach römischem Rechte bestehende Servituten-Ersitzung sei durch eine lex Scribonia aufgehoben, und durch dieses Prohibitivgesetz auch die Ausdehnung der longi temporis praescriptio auf die Servituten verhindert worden. Nichtsdestoweniger befänden sich im Corpus Juris einige Fragmente — er citirt die im §. 3. sub No. III., V. und VI. aufgeführten —, welche von einer schon vor Justinian angenommenen Verjährung der Servituten verstanden werden könnten. Nachdem er dann die kurz vorher angeführte Ansicht von Dabelow über die Digesten-Fragmente mit wenigen Aenderungen wörtlich wiedergegeben, fährt er [68]) so fort:

„Nun konnten zwar, nachdem einmal das Scribonische Gesetz gegeben war, gegen das ausdrückliche Verbot desselben Servituten so wenig usucapirt, als longo tempore präscribirt werden. Ulpian giebt dies auch deutlich genug zu verstehen,

68) Glück a. a. O. §. 629. S. 121 flg.

wenn er sagt: Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint. Allein das Interesse des Staates, endlosen Streitigkeiten vorzubeugen, welches bei Servituten desto stärker wirkte, je leichter jene zwischen Nachbarn vorfallen können, machte es nothwendig, durch den Gerichtsgebrauch den Satz geltend zu machen, daß bei Servituten dem langwierigen fehlerfreien Besitz die Kraft einer erwerbenden Verjährung beizulegen sei. Folgende Stellen aus Ulpian werden uns hiervon überzeugen."

Zum Beweise dieser seiner Behauptung citirt er ganz einfach ohne jegliche Interpretation L. 5. §. 3. D d. itin. act. priv. (I.) und L. 1. §. ult. D. d. aq. pluv. arc. (III.). Daß in No. I. eine solche Bedeutung nicht enthalten ist, glaube ich hinreichend in §. 3. nachgewiesen zu haben.

Wie Glück sich auf No. III. berufen kann, welche gar nichts enthält, was als auf eine Ersitzung der Servituten hinweisend aufgefaßt werden könnte, ist nur aus der im §. 3. Anm. 47. angeführten Aeußerung desselben über diese Stelle zu erklären, aus der eben klar hervorgeht, daß er das Fragment trotz seiner Einfachheit im Verein mit Anderen nicht verstanden hat.

Nach diesen Proben mag Jeder selbst beurtheilen, ob das Verfahren der Rechtslehrer in der Einleitung richtig bezeichnet ist.

§. 7.

Resultat und Schlußbetrachtung.

Unter den in §§. 3. und 4. behandelten Stellen haben wir eine No. III. gefunden, welche allgemein den Grundsatz ausspricht, daß, wenn Jemand eine Servitut lange Zeit hindurch fehlerlos ausgeübt hat, angenommen wird, er habe sie einmal rechtmäßig bestellt erhalten. Eine allgemeine Anwendung dieses Satzes auf alle Servituten könnte aus dieser Stelle, wenn wir auch sonst weiter keine Auskunft im Corpus Juris hierüber fänden, schon deshalb nicht gemacht werden, weil der ganze Ausspruch nur zur Rechtfertigung eines bei Legal-Servituten angenommenen

Grundsatzes gethan wird. Alle anderen Fragmente sprechen von der Anwendung dieses allgemeinen Principes bei einzelnen Arten von Servituten. Auffällig muß es erscheinen, daß in No. I., II., IV. und VI. von Wege- und Wasserrechten, also Rustical-Servituten, in No. V. von einer Berechtigung, den Nachbar am Verbauen der Fenster zu hindern [69]), mithin also einer negativen Urban-Servitut die Rede ist, der positiven Urban-Servituten aber in diesen Stellen gar nicht gedacht wird. Es muß dies auffallen und sollte Bedenken erregen, wenn man aus den genannten Stellen eine Ersitzung der Servituten ableitet. Dann ist es nämlich unerklärlich, weshalb die positiven Urban-Servituten, denen, wie Niemand streiten wird, eine mindestens eben so große Wichtigkeit wie den Rustical-Servituten zukommt, nicht erwähnt werden. Die Rechtslehrer, welche, wie wir gesehen haben, mit ganz anderen positiven Bedenken, die ihrer Auffassung entgegenstanden, fertig geworden sind, haben auch diese Schwierigkeit zu überwinden gewußt. Sie übergehen dieselbe nämlich ganz, ohne nur den Versuch einer Erklärung zu machen, und nehmen ohne Weiteres eine Ersitzung sämmtlicher Real-Servituten, oder, wie fast alle neueren, sogar aller, sowohl der Real- wie der Personal-Servituten an. Im folgenden Kapitel soll gezeigt werden, daß der Natur der Sache gemäß die positiven Urban-Servituten hier gar nicht erwähnt werden können.

Auf was für einen Quellen-Belag gestützt heut zu Tage in allen Pandecten-Handbüchern und, man kann wohl sagen, von allen Lehrstühlen herab eine nach römischem Rechte bestehende Ersitzung der Personal-Servituten verkündet wird, ist am Schluß des §. 4. gezeigt worden.

Diejenigen, welche eine Ersitzung aller Real-Servituten, also auch der negativen Urban-Servituten annehmen und den Besitz dieser letzteren durch jede rechtmäßige Art von Bestellung erwer-

69) Ueber die besonderen Bestimmungen in Betreff des Fenster- und Lichtrechts s. §. 19.

ben laſſen, wie Muther und viele Neuere[70]), haben, wie dies leider zu oft geſchieht, das practiſche Leben und den eigentlichen Sinn, der einem Rechtsinſtitute zu Grunde liegt, über theoretiſche Deductionen vergeſſen. Sie müſſen ſich, da die Quellen nicht von einer allgemeinen Erſitzung negativer Urban-Servituten ſprechen, auf Analogie und die Grundprincipien des Rechtsinſtituts der Erſitzung ſtützen, woraus ſich das Reſultat, zu welchem jene gelangen, auf keine Weiſe rechtfertigen läßt. Folgende Betrachtung ſoll dies zeigen.

Die Erſitzung oder erwerbende Verjährung iſt ein Erwerbsgrund, welcher allen anderen geſetzmäßigen Erwerbsarten gewiſſermaßen negativ gegenüberſteht. Sie raubt gewaltſam ein auf geſetzmäßigem Wege erworbenes Recht und theilt dieſes Recht Jemand zu, der es nach den ſonſtigen geſetzlichen Vorſchriften nicht rechtmäßig erlangt hat. Dieſe außerordentliche, dem Rechte, ſo zu ſagen, entgegenſtehende Erwerbsart beruht auf Nothwendigkeit und Billigkeit. Im Intereſſe der öffentlichen Wohlfahrt liegt es, denjenigen gegen Jeden zu ſchützen, der den geſetzmäßigen Vorſchriften entſprechend und im guten Glauben ein Recht erworben und eine beſtimmte Zeit lang inne gehabt hat, wenn ſich auch ſpäter herausſtellen ſollte, daß ohne ſein Verſchulden aus irgend einem Grunde das Recht nicht wirklich auf ihn übergegangen iſt, indem die heilloſeſten Verwirrungen entſtehen würden, wenn jederzeit durch dieſen Nachweis ein ſo erworbenes Recht wieder verloren werden ſollte. Inſofern beruht die Erſitzung auf der Nothwendigkeit. Dieſes Princip der Nothwendigkeit muß aber geſtützt und beſchränkt werden durch das der Billigkeit. Wie nämlich auf Seite deſſen, der durch die Erſitzung ein Recht bekommen ſoll, verlangt wird, daß er in gutem Glauben und mit der einem vernünftigen Manne entſprechenden Vorſicht zu Werke gegangen iſt, ſo muß auch auf der anderen Seite demjenigen, der durch Erſitzung etwas verlieren ſoll, eine Nachläſſigkeit vorgeworfen wer-

70) Vgl. Savigny, R. d. Beſ. §. 46. p. 605.

den können. Diese Nachlässigkeit, die sich darin zeigt, daß man sich um seine Rechte in einer dem bonus pater familias zukommenden Weise nicht gekümmert hat, wird aber nur dann vorkommen können, wenn die Ausübung des eigenen Rechtes von Seite eines Anderen, der es rechtmäßig erworben zu haben glaubt, in irgend einer Weise äußerlich sichtbar zu Tage tritt. Da nun bei den negativen Urban-Servituten, wie z. B. altius non tollendi, der Erwerb in keiner Weise sichtbar zu Tage tritt, so widerstrebt eine Ausdehnung der Ersitzung auf diese den Grundprincipien des Instituts.

Bessel[71]) hat, indem er die in §§. 3. und 4. behandelten Stellen fälschlich auf Ersitzung bezieht, mit richtigem Tact herausgefühlt, daß eine Ausdehnung dieser Ersitzung auf negative Urban-Servituten unmöglich sei, und motivirt dies, indem er sagt:

„Dieses Unterlassen ist nun als Wirkung der Servitut äußerlich nicht erkennbar, die Möglichkeit dieses Erkennens scheint aber doch vorhanden sein zu müssen, wenn der dominus dadurch die Freiheit seines Eigenthums verlieren soll, daß gegen ihn Rechte a non domino ausgeübt oder durch Vollendung einer angefangenen Ersitzung begründet werden."

sonst werde der dominus mit einer Servitut belastet, ohne, wenn er die Handlung, zu welcher der non dominus sich verpflichtet hatte, unterläßt, im Stande zu sein, sich gegen die Anmaßung zu vertheidigen.

Hat man nun zwar eine Ersitzung der negativen Urban-Servituten ohne jeden Grund aus dem Corpus Juris abgeleitet, so hat sich doch die Praxis gegen einen solchen weder den Quellen noch der gesunden Vernunft entsprechenden Grundsatz mit Erfolg gewehrt. Eine andere, allerdings eben so wenig römisch rechtliche, aber doch vernünftigere Ansicht ist in das heutige Recht namentlich unseres Staates aufgenommen worden. Man läßt nämlich dann negative Urban-Servituten ersitzen, wenn die Aus-

71) Bessel im civ. Arch. Bd. XIII. p. 412.

übung des Rechts dem Eigenthümer von dem, der das Recht erworben zu haben glaubt, mit Erfolg verboten worden ist. Die Widerlegung und nähere Ausführung dieses Rechtssatzes gehört jedoch in das zweite Kapitel.

Ob nun für die anderen Servituten eine Ersitzung nothwendig ist, oder ob es auch ein anderes vielleicht noch zweckmäßigeres Mittel giebt, die fortgesetzte fehlerlose Ausübung der Servituten zu schützen, und was namentlich das römische Recht im Speciellen darüber bestimmt, ist ebenfalls im zweiten Kapitel darzustellen, zu dem wir jetzt übergehen wollen.

Ich habe mich in diesem Kapitel damit begnügt, den Hauptirrthum, daß es nach römischem Rechte eine Servituten-Ersitzung gäbe, zu widerlegen und außerdem einige der wichtigeren Consequenzen zu berühren. Eine vollständige Widerlegung aller einzelnen Irrthümer in dieser Lehre ist bei der Massenhaftigkeit derselben unmöglich und unnütz, da sie mit der Widerlegung des Hauptpunktes von selbst dahinfallen. Die Behandlung ist so schon eine etwas breite gewesen, was jedoch damit entschuldigt werden möchte, daß es sich hier um Ausrottung eines Irrthums handelt, der länger als ein halbes Jahrtausend bestanden, und deshalb, trotz seiner offenbaren Unhaltbarkeit, sich fest eingewurzelt hat.

Zweites Kapitel.

Ueber den Erwerb und Schutz der Servituten nach römischem Recht.

§. 8.

Ueber die Servituten im Allgemeinen.

Das Corpus Juris kennt den Gattungsbegriff „Servituten", wie er heut zu Tage gebraucht zu werden pflegt, fast gar nicht, sondern scheidet denselben zunächst stets in zwei Theile: in servitutes personarum und servitutes rerum. Die Letzteren zerfallen wieder in servitutes praediorum rusticorum und servitutes praediorum urbanorum, und beide theilen sich wieder in zwei Klassen, indem sie entweder in patiendo oder in non faciendo bestehen. Diese Eintheilung der Servituten im Corpus Juris ist zwar so bestimmt und deutlich ausgesprochen, daß sie stets von den Rechtslehrern als vorhanden anerkannt worden ist, jedoch wurde sie bisher stets mehr als etwas Aeußerliches, Zufälliges angesehen, während sie, wie sich in dem Verlaufe dieses Kapitels ergeben wird, in das innerste Wesen der Servitutenlehre eindringt und den Schlüssel zu vielen scheinbar ganz unverständlichen und einander widersprechenden Sätzen giebt.

Sodann zeichnet sich die Servitutenlehre vor allen anderen römischen Rechtsmaterien leider dadurch aus, daß sie in den uns

erhaltenen vorjuſtinianiſchen Rechtsquellen in ſehr dürftiger Weiſe behandelt wird. Eine nothwendige Folge hiervon iſt, daß wir über die Entwickelung der Servitutenlehre ſo gut wie gar nichts wiſſen und uns nur vermuthungsweiſe aus den in die Pandecten aufgenommenen Fragmenten älterer Schriftſteller ein ungefähres und dabei immer ſehr unſicheres Bild davon entwerfen können. Ein gut gemeintes aber leider ganz verkehrt angewandtes Streben, dieſem Mangel abzuhelfen, hat die Sache noch verſchlimmert. Statt nämlich die einzige ſichere und reine Quelle, die wir für dieſe Lehre haben, das Corpus Juris, ſeinem Inhalte nach einfach aufzufaſſen und ſich aus ihr das Reſultat der ſchließlichen Entwickelung der Servitutenlehre klar zu machen, reconſtruirte man ſich aus den in die Pandecten aufgenommenen Sätzen älterer Rechtslehrer mit Hülfe der Analogie des Sachenrechts und zum Theil ſcharfſinniger, aber ganz unbewieſener Vermuthungen einen Entwickelungsgang der Servitutenlehre und verwarf zu Gunſten dieſes die einzelnen im Corpus Juris befindlichen Sätze als irrthümlich und aus Nachläſſigkeit der Compilatoren aufgenommen, oder interpolirte ſie nach Gutdünken. Der Erfolg eines ſolchen Verfahrens war eine totale Verwirrung der Lehre, welche zu einer großen Zahl von Controverſen und zu der Ueberzeugung führte, daß eine Uebereinſtimmung der einzelnen Rechtsſätze unmöglich nachzuweiſen, vielmehr ein großer Theil derſelben als antiquirt zu verwerfen ſei. Im Folgenden ſoll gezeigt werden, daß dies keineswegs der Fall iſt, vielmehr die Servitutenlehre, wie ſie im Corpus Juris enthalten iſt, ein vollſtändig harmoniſches Ganzes bildet, indem wir uns ſtreng an unſere Quelle halten, und aus dieſer, aber nur in Uebereinſtimmung mit derſelben, bisweilen Vermuthungen über den urſprünglichen Gang der Entwickelung in dieſer Lehre aufſtellen wollen.

In den vorjuſtinianiſchen Quellen wie im Corpus Juris findet ſich als oberſter Grundſatz für die Servituten ausgeſprochen, daß dieſelben res incorporales ſeien.

Gaj. II. §. 12.:

Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales . . . . §. 14. Incorporales sunt quae tangi non possunt: qualia sunt ea, quae in jure consistunt sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae; nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus successionis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est. eodem numero sunt et jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.

Diese Stelle aus Gajus ist wörtlich in Titel II. der Institutionen Justinian's „de rebus incorporalibus" aufgenommen worden.

Aus dieser Scheidung der res corporales et incorporales folgt, daß die für die res corporales getroffenen Bestimmungen nicht ohne Weiteres auch auf die res incorporales, z. B. die Servituten, mittelst Analogie ausgedehnt werden können, sondern eine Anwendung derselben bei den res incorporales nur dann statthaft ist, wenn sie ausdrücklich bestimmt ist. Dies ist von den Rechtslehrern zum größten Unheil für die Servitutenlehre bisher meistens verkannt worden, indem in der letzteren die sachenrechtlichen Bestimmungen in sehr ausgedehnter aber total falscher Weise analog angewendet zu werden pflegen. [72])

72) Von den unzählig vielen Beispielen sei hier nur angeführt, daß Zielonacki in seinen „kritischen Erörterungen der Servitutenlehre" p. 152 den Satz: der Quasibesitz werde corpore et animo erworben und durch Stellvertreter fortgesetzt, beweist, indem er ganz einfach L. 3. D. d. acq. vel am. poss. anzieht, worin lediglich von dem Besitze körperlicher Sachen, aber mit

A. Erwerbsarten, welche sich auf alle Servituten gleichmäßig erstrecken.

§. 9.

Der Character der Servituten nach römischem Recht findet sich in folgenden Fragmenten ausgesprochen:

L. 1. D. d. serv. (8, 1) Marcianus.

Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus: aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum, et urbanorum.

L. 1. D. d. usufr. (7, 1) Paulus.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

L. 2. D. eod. Celsus.

Est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est.

L. 15. §. 1. D. d. serv. (8, 1) Pomponius.

Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat: sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.

L. 19. D. quib. mod. usufr. am. (7, 4) Gajus.

Neque ususfructus, neque iter actusve dominii mutatione amittitur.

Ein solches jus in re wurde in ältester Zeit auf dieselbe Weise wie das Eigenthum bestellt und erworben, nämlich durch in jure cessio und mancipatio.

Gaj. II. §. 29.

Sed jura praediorum urbanorum in jure tantum cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari pos-

---

keinem Worte von der Ausübung der Servituten oder dinglicher Rechte überhaupt die Rede ist.

sunt . . . §. 30. Ususfructus in jure cessionem tantum recipit . . . §. 33. Quod autem diximus, usumfructum in jure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest; non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, éo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit.

Vat. Fragm. §. 47. Paulus.

Per mancipationem deduci ususfructus potest, non etiam transferri. Per do lego legatum et per in jure cessionem et deduci et dari potest.

Da die civilen Formen nur bei solum italicum, aber nicht bei solum provinciale anwendbar waren, konnten in Provinzen auf diesem Wege eben so wenig Servituten an Grundstücken bestellt, wie Eigenthum übertragen werden. Diesem Mangel wurde bei dem Eigenthum dadurch abgeholfen, daß man der einem formlosen Vertrage nachfolgenden Tradition eine ähnliche Wirkung wie der in jure cessio und mancipatio beilegte. Ein analoges Verfahren war bei den Servituten deshalb nicht möglich, weil es bei diesen als res incorporales keine traditio gab.

Gaj. II. §. 28.

Incorporales (res) traditionem non recipere manifestum est.

Es mußte also die Bestellung von Servituten bei Provinzial-Grundstücken auf eine andere Weise erfolgen. Diese findet sich ausgesprochen in

Gaj. II. §. 31.:

Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt. alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive jus eundi. agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi,

ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut (in) jure cessionem recipiunt.

Hieraus erſieht man, daß an Provinzial-Grundſtücken Perſonal- wie Real-Servituten durch pactiones et stipulationes, d. h. durch Formalverträge erworben wurden. Während alſo das Eigenthum an Provinzial-Grundſtücken im Gegenſatz zu den ſchwerfälligen civilen Formen vermöge der hinzutretenden Tradition durch formloſen Vertrag übertragen und erworben werden konnte, mußte man Servituten an Provinzial-Grundſtücken, da es eine Tradition der Servituten nicht gab, eben ſo wie in Italien durch umſtändliche Formalverträge beſtellen. Ob in älterer Zeit ſchon auch an italiſchen Grundſtücken mit irgend welcher rechtlichen Wirkſamkeit Servituten per pactiones et stipulationes conſtituirt werden konnten, wiſſen wir nicht, nur ſo viel ſteht feſt, daß dieſe Erwerbsart nach dem Verſchwinden der in jure cessio und mancipatio, ebenſo wie die der Tradition bei dem Eigenthume, die allgemein gebräuchliche bei Servituten wurde. Dies geht aus folgenden Fragmenten hervor:

§. 4. J. II. 3.

Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet.

§. 1. J. II. 4.

Sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.

L. 3. D. d. usufr. (7, 1) Gaius.

. . . Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

L. 5. pr. D. d. serv. (8, 1) Gaius.

Via, iter, actus, ductus aquae iisdem fere modis constituitur, quibus et usumfructum constitui diximus.

Von den den pactiones beizufügenden stipulationes ist uns nur in einer Stelle eine bestimmte Formel genannt, indem Pomponius in L. 3. §. 2. D. d. act. emt. et vend. (19, 1) sagt:

Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est; itaque cavere debes, per te non fieri, quominus utar.

Es ist jedoch wahrscheinlich, daß alle im Titel de verborum obligationibus vorkommenden Formeln, die sich auf das Factum der Ausübung selbst beziehen, wie „ire, agere licere“ etc., gebraucht werden konnten, und das Versprechen einer Strafsumme für den Fall des Zuwiderhandelns nicht essentiell war.

Aus solchen Formalverträgen folgten der Natur der Sache gemäß, sobald eine Strafsumme für den Fall der Störung in der Ausübung versprochen war, zwei Klagen: eine persönliche und eine dingliche, was in L. 36. D. d. serv. pr. rust. (8, 3) von Paulus besonders hervorgehoben wird:

Quum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, emto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur; nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emtoris, si ei forte frui non licuisset, relata est.

Die persönliche Klage ist die actio ex stipulatu; über die Form der actio in rem ist nichts überliefert, wie wir ja überhaupt über die Bildung der alten actio confessoria sehr schlecht unterrichtet sind. [73])

Dieser Erwerb per pactiones et stipulationes ist den angeführten klaren Stellen gegenüber von fast allen Rechtslehrern verworfen worden. Bis zum Anfange dieses Jahrhunderts hatte man fast einstimmig angenommen, es könnten Servituten nur durch Vertrag und nachfolgende Tradition [74]) erworben werden.

---

73) Vgl. Keller, röm. Civilprozeß. §. 15. p. 58. u. §. 25. p. 98.

74) Schon hier sei erwähnt, daß der Begriff der traditio bei Servitu-

Schmidtlein, ein Schüler Savigny's, war der erste, der gegen diese Ansicht auftrat und in seiner dissertatio inaugura-

---

ten bisher auf eine den Quellen ganz entgegengesetzte Weise aufgefaßt worden ist. Das römische Recht kennt, wie natürlich, nur bei körperlichen Sachen eine traditio. Freilich finden wir, wie sich später ergeben wird, sowohl bei Personal- wie Prädial-Servituten einen Erwerb per traditionem ausgesprochen. Hier wird jedoch traditio in seiner wahren Bedeutung der Uebergabe einer körperlichen Sache gebraucht, indem Personal-Servituten durch Vertrag mit hinzutretender Uebergabe der betreffenden Sache selbst, Prädial-Servituten aber bei der Uebergabe eines Grundstücks unter gewissen Bedingungen durch blos formloses Zusagen rechtsgültig bestellt werden können. Eine traditio dessen, was zur Ausübung der Servitut gehört, ist dem römischen Recht, abgesehen von den Personal-Servituten, ganz unbekannt. Die irrthümliche Annahme einer allgemeinen Tradition der Servituten nach römischem Recht ist wohl hauptsächlich in Folge der L. ult. D. d. serv. (8, 1) entstanden, wo mit den Worten „usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse" nichts weiter gesagt wird, als daß die Ausübung eines solchen Servitutrechts, die patiente domino, erfolgt, von derselben Wirkung wie die Uebergabe einer körperlichen Sache im Sachenrecht aufzufassen sei. Es findet sich bei den verschiedenen Rechtslehrern in verschiedener Weise eine vollständige Traditionstheorie der Servituten aufgestellt, die analog der Tradition bei körperlichen Sachen ohne jeden Quellenanhalt entwickelt wird, und nichts weniger als römischrechtlich ist. Alle einzelnen Irrthümer hier aufzuzählen ist unmöglich. Folgendes Citat von Roßhirt diene als Probe, wie die Jurisprudenz hier zu Werke gegangen ist, indem Roßhirt wenigstens dem Resultate nach mit den meisten neueren und angesehensten Rechtslehrern übereinstimmt. Roßhirt äußert sich über die Streitfrage, ob zum Erwerb einer Servitut bloßer Vertrag genüge, oder zu diesem noch traditio hinzutreten müsse, im civ. Arch. Bd. VIII. p. 31 dahin: „Bei den Servituten, welche sich negativ äußern, ist die Sache nicht etwa bedenklicher, wie es scheinen möchte, denn da wir einmal in dem Gebiete reiner Begriffswesen sind, so gehört nur einige Gewandtheit in der Abstraction dazu, sich die Art der Ausübung in der Allgemeinheit zur Vorstellung zu bringen, um darnach den Begriff Besitz lebendig zu machen. Nun muß man aber freilich hier nicht immer sehen und fühlen wollen, es ist hier von einem Tradiren der Geisterwelt die Rede, welches in der Bedeutung gewöhnlicher menschlicher Beziehungen kein Tradiren ist, aber juristisch eben so für ein Tradiren gilt, wie der usus juris für die possessio juris. Daher ist es unbelohnend, in gewöhnlicher Weise darum zu kämpfen, ob zur Erwerbung der Servituten auf dem derivativen Wege der freiwilligen Verleihung Tradition gehöre oder nicht: denn man kann im Geiste des römischen Rechtssystems unbedenklich mit Ja antworten, und von vorn hinein nur

lis [75]) nachzuweisen suchte, daß Servituten nach römischem Recht schon nudo pacto rechtsgültig bestellt werden könnten. Hierdurch wurde eine große Anzahl von Schriften zur Vertheidigung der älteren und neueren Ansicht hervorgerufen, ohne daß man von einer derselben sagen könnte, sie hätte die Streitfrage befriedigend entschieden. Beide Ansichten, von denen diejenige, wonach Servituten nudo pacto erworben werden können, als die jetzt herrschende anzusehen ist, sind irrthümlich und die Vertheidiger beider sind in denselben Fehler verfallen. Sie haben, ohne sich streng an das Corpus Juris zu halten, aus allgemeinen Principien, Analogie des Sachenrechts und einer unbegründet aufgestellten historischen Entwickelung eine Lehre der Servituten-Erwerbung hingestellt, welche mit den Fragmenten des Corpus Juris unvereinbar ist, und zu deren Gunsten ganz willkührlich mehr oder weniger Stellen als antiquirt verworfen oder auf eine ihrem Wortlaut durchaus nicht entsprechende Weise interpretirt werden. Namentlich sind beide Theile darüber einig, daß die von der Besitzlehre der Servituten handelnden Stellen auf keine Weise vereinbar seien, sondern daß ein Theil derselben als historische Notizen und nicht mehr geltendes Recht aufgefaßt werden müßte, was, wie sich später zeigen wird, keineswegs der Fall ist.

Die Vertheidiger der älteren Ansicht [76]), daß zum Vertrage, wenn er eine Servitut begründen soll, Tradition hinzutreten muß,

---

auf die Möglichkeit sich stützen, die dadurch erwiesen ist, daß für alle Servituten eine possessio angenommen ist." Wie falsch der letzte Satz ist, daß es für alle Servituten nach römischem Recht eine possessio giebt, wird sich im speciellen Theile zeigen. Die von Roßhirt gewünschte „Gewandtheit in der Abstraction" findet sich bei den Bearbeitern unserer Lehre zum größten Schaden für dieselbe leider in zu reichlichem Maße, indem das Irrthümliche der Abstractionen nicht immer so klar auf der Hand liegt wie in der citirten Stelle, sondern oft viel Scheinbares für sich hat.

75) Schmidtlein, diss. de servit per pactum constituendis. Goetting. 1823.

76) Eine Aufzählung derselben findet sich in Vangerow's Pandecten p. 752.

behaupten, durch die im Corpus Juris erwähnten pactiones et stipulationes würde lediglich eine obligatio zur Bestellung einer Servitut, keineswegs aber ein dingliches Recht erworben. Franke[77]) meint den Wortlaut von §. 4. J. II. 3., §. 1. J. II. 4. und L. 3. pr. D. d. usufr. (7, 1) cit. mit dieser Auffassung übereinstimmend zu finden und beseitigt die ganz entschieden widersprechende L. 25. §. 7. D. d. usufr. (7, 1), in welcher die stipulatio als Erwerbsart der Servituten neben der traditio erwähnt wird, indem es heißt:

Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse acquirere, utrum tunc locum habeat, quoties jure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem, vel stipulationem, vel alium quemcunque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus libro sexto decimo secutus est, omnia fructuario acquiri.

folgendermaßen:[78])

„Aus Obigem ist von selbst klar — er hat sich auf L. 3. pr. D. d. obl. et act. (44, 7) und mehrere andere Stellen, namentlich L. 11. D. d. serv. (8, 1), berufen, in denen der Stipulation einer Servitut nur die Wirkung einer actio in personam gegeben wird — daß die L. 25. §. 7. D. d. usufr., in welcher die stipulatio der traditio entgegengesetzt wird, eine Interpolation enthält, was auch schon von Hasse bemerkt ist.[79]) Der Usufructus an einem Sclaven wurde zu Ulpian's Zeit, da ein Sclav kein Provinzial-Grundstück war, nach keiner Theorie durch bloßen Vertrag

77) Franke, civil. Abhandlungen. Gött. 1826. No. III. p. 129 flg.

78) Franke a. a. O. p. 141.

79) Hasse im Rhein. Mus. Bd. I. p. 113 glaubt die der von ihm vertheidigten Ansicht entgegenstehende L. 25. §. 7. D. d. usufr. noch folgendermaßen zu beseitigen: „Endlich, wenn der Text ganz ursprünglich so war, wissen wir denn, ob hier nicht vielleicht ein usufructus gemeint ist, den ein peregrinus bestellte oder der einem peregrinus bestellt wurde, denn da war denn auch der civile modus unmöglich. Kurz Alles ist hier zweifelhaft und unsicher, und dem Fragmente mangelt alle Beweiskraft."

bestellt, sondern in der Regel durch Legat, in jure cessio u. s. w. Da nun schon traditio vorher erwähnt war, so konnten die Compilatoren hier die in jure cessio nicht wie sonst in der Regel in traditio verwandeln. Sie setzten deshalb statt dessen stipulatio. Ob solche Interpolationen aber auch in die übrigen Rechtssätze hineinpaßten, das war bei solchen Aenderungen nicht immer ihre Sorge. Das klarste Beispiel einer solchen gedankenlosen Aenderung liefert wohl die L. 10. §. 1. D. d. usurp. (41, 3), wo wir lesen: „Hoc jure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint", da doch Ulpian sichtlich geschrieben usucapi."

Wir finden hier, wie leider öfter in unserer Lehre, das Mittel der Interpolation angewandt, um sich aus der Verlegenheit zu ziehen. Es ist ein durchaus zu verwerfendes Mittel, mit dem man auf Verlangen fast jede Rechtsansicht in das Corpus Juris hineintragen kann, aber niemals die wahre ursprüngliche Satzung an das Licht fördern wird. Betrachten wir die Stellen, auf welche hin Franke das Corpus Juris corrigiren zu können glaubt.

Die L. 3. pr. D. d. oblg. et act. (44, 7) von Paulus lautet:

> Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

Es wird in diesem Fragment das Wesen der Obligationen im Allgemeinen dahin angegeben, daß sie nicht das Eigenthum einer körperlichen Sache oder das Bestehen einer Servitut, sondern nur eine Verpflichtung eines Anderen hervorbringen, uns etwas zu Eigenthum zu übertragen, oder eine bestimmte Handlung oder Leistung vorzunehmen. Könnten nach römischem Recht Servituten nudo pacto bestellt werden, wie die meisten neueren Rechtslehrer irriger Weise glauben, würden mithin durch alle Obligationen, mit Ausnahme der pacta de contrahendo, wenn

sie sich auf Servituten erstrecken, die letzteren selbst schon rechtsgültig erworben, so wäre allerdings der citirte Quellenausspruch nicht zu begreifen. Wird aber, wie aus den oben angeführten Stellen hervorgeht, nur einer bestimmten Art von Formalverträgen die Wirkung beigelegt, eine actio in rem, also das dingliche Recht, hervorzubringen, so wird dadurch die Natur und das Wesen der Obligationen überhaupt noch nicht verändert, sondern wird trotzdem auf die in der citirten Stelle ausgesprochene Weise geschildert werden können und müssen.

Auch die L. 11. D. d. serv. (8, 1), verbunden mit L. 140. §. 2. D. d. verb. obl. (45, 1), so wie L. 2. §§. 1., 2. D. eod. werden mit Recht denjenigen, die Erwerb von Servituten nudo pacto annehmen, entgegengestellt, widersprechen aber der hier aufgestellten Ansicht gar nicht. Denn, wie gesagt, werden nach römischem Recht Servituten erworben, wenn zu einem pactum, wie Kauf u. s. w., eine feierliche Erklärung hinzutritt, keineswegs aber genügt eine jede Stipulation dazu.

Wie verfehlt die Berufung Franke's auf die L. 10. §. 1. D. d. usurp. ist, um die von ihm hier vorgenommene Interpolation zu rechtfertigen, ist im ersten Kapitel auseinandergesetzt worden; ich werde aber auch in diesem Kapitel noch mehrfach Gelegenheit haben, zu zeigen, daß die Compilatoren bei der Zusammenstellung des Corpus Juris keineswegs so gedankenlos, nachlässig und thöricht verfuhren, wie allgemein von den Rechtslehrern in dieser Lehre angenommen worden ist.

Vangerow, der neueste Vertheidiger der Quasi-Traditionstheorie, äußert sich über die Nothwendigkeit der Tradition, gestützt auf die L. 3. pr. D. d. obl. et act. cit. folgendermaßen: [80])

„Aus denselben Gründen also, aus denen das Eigenthum einer Sache nicht durch bloßen Vertrag entstehen kann, ist dies auch bei den Servituten der Fall, und ganz hierher gehört also der bekannte Ausspruch von Diocletian und Maximian in

80) Vangerow, Pand. §. 350. p. 753.

L. 20. C. d. pact. (2, 3): „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.“

Die Berufung auf diese L. 20. C. cit., welche man auch bei fast allen älteren Rechtslehrern findet, ist ganz unpassend, indem sie eine analoge Anwendung der für res corporales gegebenen Bestimmungen auf res incorporales enthält, ohne daß diese Anwendung im Corpus Juris irgend wie ausgesprochen wird. Bangerow verfällt hier in den im §. 8. gerügten Fehler.

Die Stellen §. 4. J. II. 3., §. 1. J. II. 4., L. 3. D. d. usufr. (7, 1), welche Bangerow und zwar mit Recht nicht schon wie Franke ihrem wirklichen Wortlaut nach mit der Quasi-Traditionstheorie übereinstimmend auffaßt, und die L. 25. §. 7. D. d. usufr. (7, 1) cit. sucht derselbe auf folgende Weise mit seiner Ansicht in Uebereinstimmung zu bringen: [81])

„Mit dem Aufhören jener solennen Uebertragungsformen mußte aber, ähnlich wie bei dem Eigenthume, dieser Unterschied der Servituten verschwinden und die traditio als die einzige Uebertragungsart der Servituten unter Lebenden übrig bleiben, so daß also auch zwischen den servitutes an fundi Italici und provinciales kein Unterschied mehr war, sondern das Recht der letzteren auch bei den ersteren angewendet wurde. Daraus erklärt sich denn auch die Maxime der Compilatoren, überall, wo die älteren Juristen das eigenthümliche Recht der Provinzial-Grundstücke vortrugen, dieses Recht zu generalisiren. Hierbei übersahen sie aber, daß sich dieses Recht der Provinzial-Grundstücke, wie vorher angedeutet wurde, selbst geändert hatte, und so schlichen sich denn auch die pactiones et stipulationes, die doch nur für die Zeit, wo man noch keine Tradition der Servituten angenommen hatte, von wahrer Bedeutung waren, in die neue Gesetzgebung ein. Da dies aber offenbar nur aus Nachlässigkeit geschah, wie dies aus der gleichmäßigen Aufnahme des späteren Rechts zur Ge-

81) Bangerow a. a. O. p. 756.

nüge erhellt, so muß man gewiß im Sinne der Justinianischen Gesetzgebung in der Mehrzahl der Stellen, wo die pactiones et stipulationes aufgeführt werden, die nachfolgende quasi traditio als selbstverständlich subintelligiren, wie namentlich in §. 4. J. II. 3., §. 1. J. II. 4., L. 3. pr. D. d. usufr., L. 12. C. d. aed. priv. [82]), während in anderen es ganz unbedenklich ist, sie auch noch im Justinianischen Rechte gerade in derselben Bedeutung aufzufassen, in der ihre Concipienten sie verstanden haben, und demnach ist hier nicht von Errichtung eigentlicher Servituten als dinglicher Rechte, sondern nur von obligatorischen Rechtsverhältnissen die Rede, welche ihrem Inhalte nach Servituten ähnlich sind, und worauf man auch die Grundsätze der Servituten so viel als möglich anwandte, indem man z. B. einen so constituirten Usufructus durch cap. deminutio erlöschen ließ, und demjenigen, dem auf diese Art der Nießbrauch eines Sclaven eingeräumt war, denselben Erwerb zusprach, wie wenn er den wirklichen Usufructus hätte, obwohl sie der Dinglichkeit durchaus entbehrten, und alles daraus Hervorgehende natürlich bei ihnen wegfallen mußte. Eben daraus aber, daß man in solchen Fällen die meisten Grundsätze von wahren Servituten zur Anwendung brachte, konnte auch leicht der Sprachgebrauch entstehen: man constituire eine Servitut durch pactiones et stipulationes, und unter dieser Voraussetzung erklärt sich nicht nur Gaj. II. 31. leichter in der oben angedeuteten Weise, sondern es kann dann auch die L. 25. §. 7. D. d. usufr. sehr einfach im Sinne der richtigen Theorie erklärt werden, ohne daß man mit Franke u. A. eine Interpolation Tribonian's anzunehmen braucht. Ulpian will nämlich nur sagen: der Erwerb falle dem Usufructuar eines Sclaven immer zu, möge nun der Usufructus jure, oder tuitione praetoris bestellt, oder möge auch nur durch Stipula-

82) Wangerow recipirt hier eine bereits alte Ansicht; vgl. Galvani, de usufructu Dissert. c. 16. u. c. 18.

tion ein dem dinglichen Nießbrauchsrechte nachgebildetes obligatorisches Recht entstanden sein."

Die Auffassung Vangerow's ist, abgesehen davon, daß er wie Alle einen Theil der hierher gehörigen Stellen als nicht in die Justinianische Theorie passend, sondern als aus Nachlässigkeit von den Compilatoren in das Corpus Juris aufgenommen auffaßt, die inconsequenteste und willkührlichste. In §. 4. J. II. 3., §. 1. J. II. 4. und L. 3. pr. D. d. usufr. (7, 1) subintelligirt er ganz einfach nachfolgende quasi traditio, obgleich im ganzen Corpus Juris niemals eine solche als zu den pactiones et stipulationes hinzutretend erwähnt wird. Der Grund, auf welchen hin er so willkührlich verfährt, ist die geschichtliche Entwicklung des Servituten-Erwerbes bei Provinzial-Grundstücken; über diese haben wir aber, wie schon erwähnt, gar keine bestimmte Nachrichten, sondern auf dieselbe kann nur aus den Pandectenfragmenten vermuthungsweise geschlossen werden. Die L. 25. §. 7. D. d. usufr. (7, 1), in welcher ein so willkührliches Subintelligiren von nachfolgender quasi traditio absolut unmöglich ist, weil die traditio außer der stipulatio, und zwar mit ihr als gleichartig in derselben hingestellt wird, faßt er so auf, daß jeder, der nur einen obligatorischen Anspruch auf Bestellung eines Usufructus an einem Sclaven, aber keineswegs schon das dingliche Recht des Usufructus hat, des dinglichen Rechts factisch theilhaftig wird, indem er ganz eben so wie einer, der das dingliche Recht des Usufructus erworben hat, ex re fructuarii et ex operis servi erwirbt. Zur Widerlegung der letzteren Auffassung läßt sich weiter nichts sagen, es muß die Beurtheilung derselben Jedem überlassen bleiben; mir scheint sie eine aus Verlegenheit entstandene und unnatürliche zu sein. [83])

Vangerow giebt sich übrigens den Schein, als wenn er weniger gewaltsam wie Franke mit dem Corpus Juris umgehe,

83) Mit Vangerow stimmt überein Ziglonacki in seinen krit. Erört. üb. d. Servitutenl. p. 176.

weil er die L. 25. §. 7. D. d. usufr. (7, 1) ohne Interpolation auffasse. Es ist dies aber nur scheinbar, da er, gerade so wie Franke, von der L. 25. §. 7. D. d. usufr. cit., von §. 4. J. II. 3., §. 1. J II. 4. und L. 3. pr. D. d. usufr. (7, 1) annimmt, sie seien aus Nachlässigkeit von den Compilatoren in die Pandecten aufgenommen, und das Subintelligiren von nachfolgender quasi traditio in allen diesen Stellen doch auch nichts anderes als willkührliches Interpoliren ist.

Diejenigen, welche zur Erwerbung einer Servitut durch Vertrag stets nachfolgende quasi traditio fordern, kommen bei den negativen Urban-Servituten sehr in die Enge. Entweder nehmen sie deren Erwerb nudo pacto als selbstverständlich an, obwohl eine solche Ausnahmestellung dieser Servituten nirgends im Corpus Juris erwähnt wird, oder suchen sie mit Vangerow derartig zu begründen.[84])

„Bei der ganzen vorigen Erörterung ist nur an die sogenannten servitutes affirmativae gedacht worden, denn bei den sogenannten negativen genügt schon der bloße Vertrag. Es ist dies aber nicht als Singularität aufzufassen, sondern der Vertrag genügt hier darum, weil mit dem Abschluß des Vertrages sogleich auch der Besitz der eingeräumten Servitut erworben, und also ohne daß es eines besonderen äußeren Actes bedürfte, die Quasitradition geschehen ist; vergl. Savigny, Besitz p. 602."

Die Unhaltbarkeit dieser Begründung wird sich aus der später folgenden Widerlegung der Traditionstheorie bei den Servituten ergeben. Alle bisherigen Rechtslehrer haben nämlich nach Analogie des Sachenrechts eine allgemeine Traditionstheorie der Servituten gegen die zahlreichen ganz klaren Aussprüche des Corpus Juris angenommen. Das römische Recht kennt eine Tradition von Servituten gar nicht, dieselbe ist eine reine Erfindung der späteren Rechtslehrer. Allerdings ist im Corpus Juris

84) Vangerow a. a. O. p. 759 Anm. 2 Nr. 1.

von einem Erwerb der Servituten per traditionem die Rede. Allein traditio bezieht sich hier keineswegs auf die Servituten, sondern steht in seiner wirklichen Bedeutung, dem Uebergeben von körperlichen Sachen, indem, wie weiterhin speciell gezeigt werden wird, auch ohne Formalvertrag Servituten unter gewissen Voraussetzungen bei der Uebergabe körperlicher Sachen bestellt werden können. Außerdem wurde der patiente domino erfolgten Ausübung (usus) gewisser Servituten dieselbe Wirkung wie der traditio bei körperlichen Sachen beigelegt, so daß mit Hinzutreten dieses usus zu einem nudum pactum eben so wie durch Formalvertrag das Servitutrecht erworben werden konnte. Diese letztere Art der Bestellung wird im Corpus Juris „per patientiam" genannt. Da nun bei den negativen Urban-Servituten ihrem Wesen gemäß von einem usus patiente domino nicht die Rede sein kann, so findet bei ihnen auch nicht der Erwerb per patientiam, aus dem die Rechtslehrer ganz unberechtigter Weise eine allgemeine fingirte Tradition gemacht haben, Anwendung.

Endlich bleiben die Vertheidiger der Quasi-Traditionstheorie die Erklärung zweier Stellen, in denen von der Bestellung von Servituten an und für zukünftige Sachen die Rede ist, ganz schuldig, indem natürlich auch bei der kühnsten Auffassung von traditio eine solche hier nicht gut denkbar ist.

Die Stellen lauten:

L. 23. §. 1. D. d. serv. pr. urb. (8, 2) Pomponius.
Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.

L. 10. D. d. serv. pr. rust. (8, 3) Paulus.
Labeo ait, talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere, et inventam ducere liceat: nam si liceat, nondum aedificato aedificio, servitutem constituere, quare non aeque liceat, nondum inventa aqua eandem servitutem constituere? Et si ut quaerere liceat, cedere possumus, etiam ut inventa ducatur, cedi potest.

Die Vertheidiger der zweiten, jetzt die meisten Anhänger zählenden Ansicht [85]), nach welcher Servituten nach römischem Recht nudo pacto erworben werden können, gerathen sowohl mit den Stellen, in welchen die pactiones et stipulationes, als auch mit denen, worin die traditio und patientia als Erwerbsgrund der Servituten genannt werden, in Conflict, und können keinen einzigen direct für ihre Behauptung zeugenden Quellenausspruch anführen. Die Meisten derselben deduciren nach Schmidtlein's Vorgang ungefähr so: die bei der Uebertragung des Eigenthums gebräuchlichen Formen wären, wenn dominium ex jure Quiritium entstehen sollte, bei res mancipi mancipatio, bei res nec mancipi traditio gewesen, und auf beide sei erst später die ursprünglich nur bei res incorporales angewandte in jure cessio ausgedehnt worden. Das bonitarische Eigenthum sei natürlich durch traditio begründet, da diese der eigentliche Kern der mancipatio sei und übrig bleibe, wenn man diese der civilen Form entkleide. Nach dem Verschwinden der in jure cessio und mancipatio sei dann die traditio als alleinige Bestellungsart des Eigenthums übrig geblieben. Eben so müsse man auch im älteren Rechte zwei Arten von Servituten annehmen. Die quiritarischen seien durch in jure cessio und nur bei res mancipi und servitutes praediorum rusticorum ausnahmsweise durch mancipatio bestellt worden. Da also die Hauptbestellungsform die in jure cessio gewesen und deren inneres Wesen, wenn man sie der civilen Form beraube, der Vertrag sei, so seien bonitarische Servituten durch bloßen Vertrag bestellt, und dieser sei nach dem Wegfallen der civilen Formen die allgemeine Bestellungsart geworden. [86])

---

85) Eine Zusammenstellung derselben giebt Vangerow in seinen Pand. §. 350. p. 751.

86) Eine Uebersicht der Art der Deduction von Anderen, welche dieselbe Ansicht vertheidigen wie Schmidtlein, s. bei Zielonacki, krit. Erört. üb. d. Servitutenl p. 176 flg.

Hierzu bemerkt Vangerow mit Recht: [87])

„Diese historisch sein sollende Deduction beruht auf ganz willkührlichen Voraussetzungen."

Daß in den oben angeführten Stellen nie pactiones allein, sondern stets pactiones et stipulationes steht, suchen die Rechtslehrer auf verschiedene Weise zu erklären:

Einige [88]) glauben, daß in Gaj. II. §. 31. durch die erwähnten pactiones et stipulationes nur ein obligatorisches, aber kein dingliches Rechtsverhältniß entstanden sei. Erst später sei der Satz entstanden, Servituten könnten nudo pacto bestellt werden, und nun hätten die Compilatoren, ohne daran zu denken, daß früher nur ein obligatorisches Verhältniß, verstärkt durch Pönal-Stipulationen, existirt habe, die betreffenden Stellen gedankenlos in ihrer ursprünglichen Form mit den Stipulationen aufgenommen, welche durchaus unwesentlich seien. — Wir finden hier dieselbe willkührliche Behandlung des Corpus Juris, wie bei den Vertheidigern der ersten Ansicht, nur das Resultat ist ein anderes.

Andere [89]) meinen, Servituten könnten schon vollständig rechtsbeständig nudo pacto, aber allerdings noch besser mit hinzugefügter stipulatio erworben werden. Natürlich haben sie für den ersten Theil ihrer Behauptung keinen Quellenbelag. Dieser ihrer Auffassung sei auch nicht hinderlich, daß in den Quellen stets „pactiones et stipulationes" und nicht „pactiones vel stipulationes" stehe, denn die Partikel „et" könne auch disjunctiv gebraucht werden. [90])

Die Tradition, welche ebenfalls im Corpus Juris als Er-

87) Vangerow a. a. O. §. 350. p. 758 Note a a. E.

88) Keller, Pand. §. 181. p. 350 flg.

89) Hasse im Rhein. Mus. Bd. I. p. 64 flg.

90) Gerade der natürlichen Bedeutung zuwider fassen die Rechtslehrer die Partikel et in §. 4. J. II. 3., §. 1. J. II. 4. u. L. 3. pr. D. d. usufr. (7, 1) disjunctiv und die Partikel vel in L. 11. §. 1. D. d. Publ. in rem act. (6, 2) conjunctiv auf.

werbsart der Servituten erwähnt werde, diene lediglich dazu, den, der bona fide vom Nichteigenthümer eine Servitut erworben habe, durch Publiciana actio zu schützen. Die Hinfälligkeit dieser etwas starken Behauptung kann erst nach der Behandlung der von dem Erwerb per traditionem vel per patientiam handelnden Stellen klar werden. Hier sei vorläufig bemerkt, daß sehr viele Stellen, die vom Erwerb der Servituten per traditionem reden, mit unzweifelhaft klaren Worten den wahren Eigenthümer, den „dominus" als Besteller nennen, daß es aber keine einzige Stelle im Corpus Juris giebt, die die Möglichkeit der von rechtlichen Folgen begleiteten Bestellung durch den bona fide besitzenden Nichteigenthümer erwähnt. [91])

Beide Ansichten, sowohl die, daß zum Vertrage stets eine quasi traditio hinzutreten muß, wenn er eine Servitut hervorbringen soll, wie die, nach welcher Servituten schon nudo pacto bestellt werden können, stehen mit den Fragmenten des Corpus Juris nicht in Einklang.

Eine besondere von Niemand recipirte Ansicht über den im Corpus Juris mehrfach erwähnten Erwerb von Servituten per pactiones et stipulationes hat Zimmern [92]) aufgestellt. Dieser meint, Servituten hätten ursprünglich in Italien nur durch in jure cessio und mancipatio, und in den Provinzen durch quasi traditio bestellt werden können. Nach dem Verschwinden der civilen Formen sei die quasi traditio allein übrig geblieben und auf alle Servituten ausgedehnt. Später hätten einzelne Ju-

91) Außer den zahlreichen neueren Rechtslehrern stellt auch Savigny die dem Corpus Juris widersprechende Behauptung auf, daß die traditio bei Servituten, welche die Publiciana actio verschafft, nur bei der durch einen Nichteigenthümer erfolgten Bestellung in Betracht komme. Er sagt in seiner Besitzlehre §. 46. p. 602: „Wichtig aber ist die Frage — nämlich wie der Besitz einer negativen Servitut erworben wird — . . . . c) für die Publiciana actio, die auch hier nur durch traditio entsteht, deren es aber nur da bedarf, wo die Servitut nicht von dem erweislichen Eigenthümer gegeben worden ist. L. 11. §. 1. D. d. Publ. in rem act."

92) Zimmern im civ. Arch. Bd. VII. No. 17.

riſten die Anſicht aufgeſtellt, eine dem Vertrage beigefügte stipulatio könne als quasi traditio aufgefaßt werden und eben ſo wie dieſe die Publiciana actio verſchaffen, und dieſe Anſicht ſei ſchließlich von Juſtinian bei der Zuſammenſtellung des Corpus Juris recipirt worden. Abgeſehen davon, daß für die Behauptung, in den Provinzen ſeien die Servituten durch Vertrag und quasi traditio erworben worden, kein Quellenzeugniß beigebracht werden kann, hat man Zimmern gegenüber richtig eingewendet, die Behauptung, daß eine stipulatio als quasi traditio aufgefaßt werde und eine Publiciana actio geben könne, erfordere gerade bei ihrer Abnormität einen ſtrengen quellenmäßigen Beweis, der nicht geführt werden könne.

Der wahrſcheinliche Gang der Sache war folgender:

In Italien wurden Servituten durch in jure cessio oder mancipatio erworben. In den Provinzen, wo dieſe Formen nicht anwendbar waren, entſtand, da bei den Servituten als res incorporales eine dem Eigenthumserwerbe analoge Beſtellung durch pactum und traditio nicht möglich war, eine ſchwerfälligere Form durch Formalvertrag „per pactiones et stipulationes“ (Gaj. II. §. 31.). Dieſer Formalvertrag hatte mit der Tradition gar keinen Zuſammenhang, ſtand vielmehr im craſſen Gegenſatz zu derſelben, indem er eben durch die Unmöglichkeit der traditio der Servituten als res incorporales hervorgerufen wurde. Aus dieſen pactiones et stipulationes entſtand eine vindicatio utilis, über deren urſprüngliche Form uns nichts überliefert worden iſt, welche aber mit der Publiciana actio nicht in Verbindung ſtehen konnte. Erſt in ſpäterer Zeit entwickelte ſich eine Erwerbsform „per traditionem vel per patientiam“, die ſpäter im Einzelnen darzuſtellen iſt, und machte in den beſonderen Fällen, wo ſie möglich war, den Formalvertrag entbehrlich. Dieſer letztere mußte aber auch noch zu Juſtinian's Zeit angewendet werden, wo die Beſtellung „per traditionem vel per patientiam“ nicht angewendet werden ſollte oder konnte; wann das letztere der Fall war, kann ſich erſt nach der Darſtellung der beſonderen Erwerbsarten

der einzelnen Servituten ergeben. Es ist dies auch nur eine Vermuthung des historischen Ganges des Servituten-Erwerbes, die aber dadurch gerechtfertigt werden möchte, daß sie mit den Quellen vollständig übereinstimmt. Das absolut sichere Ergebniß von §. 4. J. II. 3., §. 1. J. II. 4., L. 3. D. d. usufr. (7, 1) und L. 25. §. 7. D. eod. ist, daß alle Servituten, sowohl Personal- wie Real-Servituten, nach Justinianischem Recht per pactiones et stipulationes, d. h. durch Formalvertrag erworben werden können.

Außer dieser Bestellungsart giebt es im Corpus Juris nur noch eine, wir sprechen nur von den unter Lebenden vorkommenden, welche sich auf alle Servituten gleichmäßig erstreckt. Es ist dies die adjudicatio in judicio divisorio, über welche wir, da sie von Allen unbestritten angenommen wird, kurz hinweggehen. In folgenden Fragmenten wird sie klar ausgesprochen.

L. 6. §. 1. D. d. usufr. (7, 1) Gaius:

> Constituitur adhuc ususfructus et in judicio familiae herciscundae, et communi dividundo, si judex alii proprietatem adjudicaverit, alii usumfructum.

L. 6. §. 10. D. comm. divid. (10, 3) Ulpian:

> Officio judicis etiam talis adjudicatio fieri potest, ut alteri fundum, alteri usumfructum adjudicet.

L. 22. §. 3. D. fam. herciso. (10, 2) Ulpian:

> Sed etiam, quum adjudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adjudicat; sed si pure alii adjudicaverit fundum, alium adjudicando amplius servitutem imponere non poterit.

Wir gehen jetzt zu den speciellen Erwerbsarten der einzelnen Klassen der Servituten über, zu deren Verständniß zunächst der Begriff des Quasibesitzes im Allgemeinen auseinandergesetzt werden muß.

B. Erwerb und Schutz der einzelnen Arten der Servituten.

§. 10.

Quasi possessio und traditio der Servituten im Allgemeinen.

Wie wir im §. 8. gesehen haben, werden Servituten nach römischem, sowohl vorjustinianischem wie justinianischem Recht, als res incorporales aufgefaßt, wovon die nothwendige Folge war, daß der Grundsatz entstand, es gäbe weder eine possessio noch eine traditio der Servituten. Diese beiden Folgerungen aus dem Grundprincip der Servituten als res incorporales gelten auch, wenngleich modificirt, im justinianischen Recht. Die Modificationen bestehen darin, daß man die rechtlichen Wirkungen der possessio und traditio zum Theil, aber auch nur zum Theil auf die Servituten übertrug. Eben weil die Wirkungen nur theilweise übertragen worden sind, finden wir im Corpus Juris neben einer großen Anzahl von Stellen, in denen von einer quasi possessio der Servituten die Rede ist, allgemein und entschieden den Satz hingestellt: es giebt nur bei körperlichen Sachen einen Besitz, bei unkörperlichen Sachen und so namentlich bei Servituten giebt es einen solchen nicht.

L. 3. pr. D. d. acq. vel am. poss. (41, 2) Paulus:
Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.

L. 4. §. 27. D. d. usurp. (41, 3) Paulus:
. . . . . quia nec possideri intelligitur jus incorporale.

L. 32. §. 1. D. d. serv. pr. urb. (8, 2) Julianus:
. . . . . natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint.

Wenn ferner auch bei einigen Servituten der unter gewissen Voraussetzungen erfolgten Ausübung derselben im justinianischen Recht dieselbe Wirkung wie der Tradition bei körperlichen Sachen zuertheilt worden ist, so bleibt doch immer der sehr wesentliche

Satz bestehen: eine Tradition der Servituten als res incorporales giebt es nicht

L. 43. §. 1. D. d. acq. rer. dom. (41, 1) Gaius:

Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere, manifestum est.

Freilich haben die Rechtslehrer nicht ermangelt, diesem Fragment gegenüber aus anderen Stellen, in denen, wie gezeigt werden wird, von einer Tradition der Servituten gar nicht die Rede ist, dennoch eine allgemeine Tradition der Servituten anzunehmen und hierdurch die römische Servitutenlehre zu entstellen.

Bevor wir die Wirkung, welche die theilweise Uebertragung der rechtlichen Folgen der possessio und traditio auf die Servituten zur Folge hatte, bei den einzelnen Arten derselben betrachten, müssen wir den Begriff der quasi possessio ganz im Allgemeinen und in Bezug auf die Servituten überhaupt feststellen. In Folge der falschen Annahme einer Ersitzung der Servituten nach römischem Recht ist die Auffassung der quasi possessio derselben bei sämmtlichen Rechtslehrern bisher eine irrthümliche gewesen. Da es nach römischem Recht gar keine Ersitzung der Servituten giebt und im Corpus Juris von einer allgemeinen Besitztheorie der Servituten gar nicht die Rede ist, so haben sich die Rechtslehrer in Ermangelung von Corpus Juris-Stellen aus Analogie des Sachenrechts [93]) und naturrechtlichen Principien selbst-

93) So leitet Elvers in seiner Servitutenlehre p. 647 die Quasibesitzlehre mit den Worten ein: „Es wird daher ersprießlich sein, wenn wir schon hier ein für alle Mal die Voraussetzungen dieses Begriffs festzustellen suchen. Wir betreten damit ein Gebiet, auf welchem wir von unseren Quellen vielfach im Stich gelassen werden." Derselbe äußert sich a. a. O. p. 674 dahin: „Nach der Darstellung der Geschichte des Quasibesitzes wird uns nun die Aufgabe obliegen, die einzelnen Erfordernisse desselben zu ermitteln. Dem Sachenbesitz mit seinen Voraussetzungen und seinen Vortheilen im Servitutenrecht eine gleiche Bildung zur Seite zu stellen, das war das schließlich mit Erfolg gekrönte Streben der Rechtsbildung. Der Analogie des Sachenbesitzes werden wir daher, da unsere Quellen über diese Lehre so spärlich fließen, einen weiten Spielraum anweisen dürfen." Elvers stellt den Begriff

ständig eine Besitzestheorie gebildet, die, abgesehen von der practischen Brauchbarkeit, nicht ein Ergebniß des römischen Rechts, sondern ein Phantasiegebilde ist, das sich bei den verschiedenen Rechtslehrern verschieden gestaltet hat. Um uns über den Begriff von quasi possessio zu verständigen, müssen wir zunächst auf den Sachbesitz, als die Quelle, zurückgehen.

Besitzer wird im vulgären Sinne derjenige genannt, der die physische Herrschaft über eine Sache hat. Dieser rein factische Zustand ist an und für sich vom rechtlichen Standpunkte aus vollständig gleichgültig und gewinnt erst dann Interesse und wird von Wichtigkeit, wenn mit demselben als solchem irgend welche rechtliche Folgen verbunden werden. Es werden mithin bei der Darstellung eines Rechtssystems in der Besitzlehre diejenigen rechtlichen Folgen darzustellen sein, welche aus dem factischen Innehaben einer körperlichen Sache an sich, ganz abgesehen von jedem Rechte dazu, fließen, dagegen alle diejenigen Folgen auszuscheiden sein, die sich aus dem factischen Innehaben in Verbindung mit dem Rechtspunkte ergeben. Als solche rechtliche Folgen des factischen Innehabens an und für sich nach römischem Recht werden seit Savigny von den Rechtslehrern einstimmig Interdictenschutz und Usucapion hingestellt. Während der Interdictenschutz zweifelsohne in die Besitzlehre gehört, ist es ein starker systematischer Fehler, auch die Usucapion in dieselbe aufzunehmen. Die Usucapion enthält gerade so wie die Tradition und Occupation eine rechtliche Folge des factischen Innehabens in Beziehung auf den Rechtspunkt, indem es sich bei derselben nicht um das Innehaben allein,

---

des Quasibesitzes nirgends klar hin, versucht vielmehr eine historische Entwicklung des Servitutenbesitzes zu geben, die als ganz verfehlt anzusehen ist und auf deren Irrthümer ich wiederholt aufmerksam machen werde. Das Resultat, zu dem er gelangt, ist dies: die Lehre vom Quasibesitz ist im römischen Recht noch nicht vollendet, vielmehr finden sich dort nur die ersten Keime, deren Fortentwicklung den jetzigen Rechtslehrern zukommt; ein großer Theil der von dieser Lehre handelnden Fragmente, z. B. alle von Paulus herrührenden, sind antiquirt und als durch Nachlässigkeit der Compilatoren in das Corpus Juris aufgenommen zu verwerfen.

sondern gerade um das Recht dazu handelt, welches durch eine bestimmte Art des Innehabens unter gewissen Voraussetzungen erworben wird, und ist deshalb durchaus aus der Besitzlehre auszuscheiden. [94]) Die irrthümliche Aufnahme der Usucapion als Folge des Besitzes an sich in die Besitzlehre ist für die letztere deshalb von keiner nachtheiligen Wirkung gewesen, weil die Usucapion außer anderen Voraussetzungen stets die Requisite des Interdicten-Besitzes erfordert. So finden wir in den verschiedenen Lehrbüchern die Usucapion als Folge des Besitzes an sich genannt, zugleich aber die Bemerkung hinzugesetzt, daß die Usucapion, da

94) Daß die Usucapion mit Unrecht als Folge des Besitzes an sich hingestellt wird, ergiebt sich aus Savigny's eigenen Worten. Derselbe sagt in seiner Lehre vom Besitz, Gießen 1837. §. 12. p. 205: „Nun erst ist es möglich, über den Plan der folgenden Abhandlung bestimmte Rechenschaft zu geben. Es giebt überhaupt zwei juristische Beziehungen des Besitzes, auf Usucapion und Interdicte: allein bei der Usucapion ist es nicht der Besitz allein, was sie möglich macht, sondern es müssen noch andere juristische Bestimmungen gleich anfangs hinzukommen. Bei den Interdicten kommt es zunächst lediglich auf das Dasein des Besitzes an, woraus dann bei eintretender Verletzung stets die Interdicte entstehen. Da also das einzige Recht des bloßen Besitzes in den Interdicten besteht, so ist das Recht der Interdicte das, was hier dargestellt werden soll. Demnach wird von der Usucapion nicht weiter die Rede sein; allein Alles, was hier vorgetragen werden soll, steht dennoch in genauer Beziehung auf Usucapion, weil es ganz derselbe Besitz ist, der bei den Interdicten und bei der Usucapion als Bedingung vorausgesetzt wird. Nur was zu dem Besitze selbst noch hinzukommen muß, um ihn der Usucapion fähig zu machen, gehört allein in die Theorie des Eigenthums. Aber eben wegen dieser genauen Verbindung des Besitzes mit der Usucapion sind die Rechtsquellen, worin diese letzte bestimmt wird, auch in der Theorie des Besitzes überhaupt als Quellen zu gebrauchen; auch ist bereits in der Quellenkunde diese Bemerkung benutzt worden." Daß die Rechtsquellen, worin die Usucapion behandelt wird, eben weil die Usucapion interdictmäßiges Innehaben voraussetzt, auch zum Theil als Quellen für die Besitzlehre gelten, ist unzweifelhaft richtig. Aber indem Savigny selbst bemerkt, „aber bei der Usucapion ist es nicht der Besitz allein, was sie möglich macht u. s. w.", widerlegt er selbst, was er a. a. O. §. 2. p. 6 sagt: „Es finden sich im ganzen römischen Recht nur zwei Folgen, welche dem Besitz an sich, abgesondert von allem Eigenthum, zugeschrieben werden können: Usucapion und Interdicte".

sie den Interdicten-Besitz voraussetze, in der Besitzlehre nicht weiter in Betracht komme, und schließlich das Rechtsinstitut an der richtigen Stelle, nämlich unter den Erwerbsarten des Eigenthums, abgehandelt. [95]) Wenn daher hier die Usucapion aus der Besitzlehre als irrthümlich aufgenommen ausgestoßen werden soll, so mag dies auf den ersten Blick für das Sachenrecht als ein rein systematischer Streit ohne jede practische Folge erscheinen. Die Sache gewinnt jedoch eine sehr große practische Bedeutung in der Lehre von dem Quasibesitz.

Wie das Innehaben einer Sache an sich, so kann auch die bloße Ausübung eines Rechtes, abgesehen von der Berechtigung dazu, mit rechtlichen Folgen verbunden werden, und man faßt, wenn dies geschieht, diese rechtlichen Wirkungen, weil sie als eine Uebertragung der rechtlichen Folgen des Besitzes von körperlichen Sachen auf unkörperliche Sachen erscheint, nach dem Vorgange des Corpus Juris unter dem Namen „quasi possessio“ oder „Quasibesitz“ zusammen. Man wird daher in die Lehre von dem Quasibesitz ebenfalls nur die rechtlichen Folgen aufnehmen dürfen, welche nur aus der Ausübung eines Rechts, abgesehen von der Berechtigung zu derselben, fließen, alle diejenigen aber, welche sich aus der Verbindung der Ausübung mit dem Rechtspunkte ergeben, auch hier ausscheiden müssen. Die Rechtslehrer übertrugen nun natürlich den bei dem Besitze gerügten systematischen Fehler auch auf den Quasibesitz und stellten als Folge des letzteren ebenfalls Interdictenschutz und Ersitzung hin, die sie irrthümlicher Weise bei Servituten ausgesprochen zu finden glaubten; indem man aber für die vermeintliche Ersitzung der Servituten nicht dieselben Requisite wie für den Interdictenschutz, sondern geringere verlangte, erzeugte die Aufnahme der Servituten-Ersitzung in den Quasibesitz eine vollständige Verwirrung dieser Lehre. Gäbe es nach römischem Rechte wirklich eine Ersitzung der Servituten, was freilich nicht der Fall ist, und setzte dieselbe weniger Requisite wie der

95) Vgl. Keller, Pand. §. 115. u. §. 131. — Puchta, Pand. §. 132.

Interdictenschutz voraus, so hätten diese Requisite nimmermehr in die Lehre vom Quasibesitz aufgenommen, sondern in der Lehre vom Erwerb der Servituten behandelt werden müssen.

Kehren wir nun wieder zum Sachbesitz zurück, so zeigt sich als erste Folge des Besitzes an sich der Interdictenschutz.

Wenn das Innehaben einer Sache an sich irgend welche rechtliche Folgen haben soll, so muß dasselbe zunächst in seinem Bestehen für den Fall einer Störung durch irgend welche Rechtsmittel geschützt werden. Die Störung kann eine zweifache sein, entweder eine solche, die dem gesetzlichen Verfahren widerstrebt, d. h. eine eigenmächtige, oder eine solche, die auf dem ordentlichen gesetzlichen Wege mittelst der Klage vor sich geht. Für beide Fälle finden sich im römischen Rechte die sogenannten possessorischen Interdicte, die wir hier natürlich nicht im Einzelnen durchgehen können. Nur so viel sei hier bemerkt, daß nach römischem Recht nur derjenige durch Interdicte geschützt, mithin nur der als Besitzer angesehen wird, der eine Sache animo domini nec vi, nec olam, nec precario ab adversario inne hat. Ein solcher Besitzer hat im Falle einer gesetzlichen Störung, also wenn eine Klage auf Herausgabe der Sache gegen ihn angestellt wird, nicht allein die Berechtigung, die Sache während des Rechtsstreites zu behalten, sondern er ist auch von jeder Nachweisung eines Rechts zu dem Innehaben befreit, so daß er die Sache behält, wenn der Gegner sein Recht zum Innehaben der Sache nicht nachweisen kann, selbst wenn sich während des Prozesses ergiebt, daß der Besitzer die Sache ohne alles Recht inne hat. Die Befreiung von der Beweislast zeigt sich als eine reine Folge des interdictmäßigen Innehabens ohne jede Beziehung zum Recht und gehört somit als Folge des Besitzes als solchen in die Besitzlehre, aus der sie seit Savigny von allen Rechtslehrern ausgestoßen worden ist. Savigny sucht auf folgende Weise darzuthun, daß die Befreiung von der Beweislast nicht als Folge des Besitzes aufzufassen sei. [96])

96) Vgl. Savigny, Lehre vom Besitz §. 3. p. 15.

„Daß indeſſen auch hierin kein Recht des Beſitzes liegt, wodurch der Beſitz ſelbſt eine neue juriſtiſche Bedeutung bekommen könnte, folgt ſchon daraus, daß derſelbe Satz allgemein für jeden Beklagten überhaupt wahr iſt (L. 21. d. prob.). Es iſt alſo blos das natürliche Vorrecht des Beklagten, angewendet auf den Fall der Vindication, weil dabei kein anderer, als der Beſitzer Beklagter ſein kann."

Dieſe Begründung beruht auf einem Trugſchluſſe. Aus der citirten Stelle

L. 21. D. d. prob. (22, 3) Marcian:

> . . . semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.

welche im Allgemeinen die Beweispflichtigkeit des Klägers ausſpricht, folgt noch gar nicht, wie weit dieſelbe geht, vielmehr wird dies bei den einzelnen Klagen beſonders beſtimmt. Bei der rei vindicatio werden dieſe Beſtimmungen gerade durch das interdictum uti possidetis getroffen. Es heißt in

L. 1. §. 3. D. uti poss. (43, 17) Ulpian:

> Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat: tunc si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.

Hieraus ergiebt ſich, daß der interdictmäßige Inhaber der Sache, d. h. der Beſitzer, eben ſeines Beſitzes wegen die Rolle des Beklagten bekommt. Nimmt man nun auch wie Savigny nach der L. 21. d. prob. cit. den Satz an, daß der Beklagte ſtets frei von der Beweislaſt ſei, was ganz falſch iſt, wie ſich namentlich bei den Servitutenklagen zeigen wird, ſo wird doch immer der Satz ſtehen bleiben, daß, da der Beſitz die Vergünſti-

gung, die Rolle des Beklagten übernehmen zu können, mit sich bringt, der Verklagte aber bei der rei vindicatio frei vom Beweise ist, eine rechtliche Folge des Besitzes eben die Befreiung von der Beweislast ist.

Savigny fährt dann a. a. O. in seiner Begründung so fort:

„Das practische Interesse, wodurch dieser Punkt von den vorigen sich unterscheidet, liegt darin: Ist dieses Recht eine Folge des juristischen Besitzes, so kann es Niemand haben, der, obgleich er die Detention einer Sache hat, dennoch nicht juristisch als Besitzer anerkannt wird; folglich müßte ein solcher überhaupt nicht Beklagter sein dürfen in dem Streit über Eigenthum, weil ihm sonst das allgemeine Recht des Beklagten nicht versagt werden könnte. Ist dagegen dieses Recht kein Vorrecht des Besitzes, so wird es auch bei der bloßen Detention, die nicht als Besitz gilt, behauptet werden müssen. Nun bestimmt das römische Recht ausdrücklich, daß die Vindication angestellt werden kann, der Beklagte mag juristisch als Besitzer gelten oder nicht (L. 9. d. rei vind.). Da nun ohne Zweifel der Kläger immer abgewiesen werden muß, wenn er nicht beweisen kann, so ist das Recht, von welchem hier die Rede ist, ebensowohl ein Recht der bloßen Detention als ein Recht des Besitzes, also überhaupt kein solches Recht, welches durch den Besitz als ein eigenes, juristisches Verhältniß bedingt ist."

Savigny hat sich bei dieser Schlußfolgerung vollständig verirrt. Die Stelle, auf welche er sich beruft, lautet:

L. 9. D. d. rei vind. (6, 1) Ulpian.

Officium autem judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae lo-

cum habet in interdicto uti possidetis, vel utrubi. Denique aït, ab eo, apud quem deposita est vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis, ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse.

Aus dieſer Stelle erſehen wir, daß allerdings in älterer Zeit von demjenigen, der eine Sache alieno nomine inne hatte, alſo nicht Beſitzer war, dieſe Sache mittelſt der rei vindicatio nicht gefordert werden konnte, ſondern daß man ſich an den wirklichen Beſitzer, in deſſen Namen jener die Sache hatte, wenden mußte. Wenn nun in ſpäterer Zeit wohl zu Gunſten des Eigenthümers auch von einem ſolchen Nichtbeſitzer die Herausgabe der Sache mittelſt rei vindicatio gefordert werden konnte, ſo bemerkt Savigny ganz richtig, daß von da an die Befreiung von der Beweislaſt auch dieſem Nichtbeſitzer zugekommen ſein muß. Wenn Savigny aber weiter daraus folgert, daß, nachdem dies geſchehen, die Befreiung von der Beweislaſt nicht mehr als Folge des Beſitzes aufgefaßt werden könne, ſo iſt dies ganz verfehlt. Dieſer Deduction nach müßte Savigny, wollte er conſequent verfahren, auch den ganzen Interdictenſchutz als Folge des Beſitzes beſtreiten, da die poſſeſſoriſchen Interdicte bekanntlich bei dem ſogenannten abgeleiteten Beſitz gegeben werden, d. h. der Vortheil derſelben auch ſolchen Perſonen zu Gute kommt, die nicht Beſitzer, ſondern nur detentores ſind. Im vorliegenden Fragmente findet ſich nur eine Uebertragung eines urſprünglich nur dem wahren Beſitzer zuſtehenden Rechtsvortheils auf einen Inhaber alieno nomine.

Es ergeben ſich ſomit als wirkliche und zwar einzige rechtliche Folgen des Beſitzes an ſich: Schutz deſſelben gegen jede Art von Störung und Befreiung von der Beweislaſt im Fall der Anſtellung der Klage.

In ähnlicher Weise wie das Innehaben einer Sache hat man im römischen Recht auch die Ausübung von Rechten an sich mit rechtlichen Folgen allmählig und in ähnlicher Weise wie bei dem Besitz versehen. Man spricht deshalb wie bei körperlichen Sachen von Besitz, so bei gewissen Rechten oder unkörperlichen Sachen, und so namentlich bei Servituten von Quasibesitz. Wie aber unter dem Begriffe Besitz nur die rechtlichen Folgen, die aus dem factischen Innehaben allein fließen, zusammengefaßt werden, so darf auch in die Quasibesitzlehre nur das aufgenommen werden, was sich als Folge der Ausübung eines Rechts, abgesehen von der Berechtigung dazu, darstellt, und es muß alles streng ausgeschieden werden, was sich als Wirkung der Ausübung in Wechselbeziehung mit dem Recht ergiebt.[97]) Soll die Ausübung eines Rechtes an sich von irgend welchen rechtlichen Folgen begleitet sein, so muß dieselbe nothwendig gegen Störung geschützt werden. Mit anderen Worten, wie der Besitz, so ist auch der Quasibesitz ohne Interdictenschutz undenkbar.[98]) Bei der großen Mangelhaf-

97) Savigny's Darstellung des Quasibesitzes, welche viele neuere Rechtslehrer im Ganzen angenommen haben, ist dadurch ganz verfehlt, daß er in Folge der falschen Annahme der Servituten-Ersitzung die Bestimmungen, die sich auf den Untergang der Servituten durch non usus beziehen, also Bestimmungen, die aus Wechselbeziehungen der Ausübung zum Recht hervorgehen, in diese Lehre aufgenommen hat. Seine speciellen Irrthümer werden an geeigneter Stelle besonders hervorgehoben werden.

98) Daß nach römischem Recht die Ausübung eines Rechtes nur dann als etwas von dem Rechte selbst Abgesondertes, als etwas möglicherweise ohne das letztere selbstständig Vorhandenes gedacht werden kann, wenn dieselbe durch Interdicte geschützt ist, hat Muther richtig erkannt; vergl. seine Ers. d. Serv. §. 36. a. E. p. 44. Dagegen findet sich bei ihm ein merkwürdiges Schwanken im richtigen und falschen Gebrauch des Ausdrucks Quasibesitz. Während er nämlich a. a. O. p. 44 ganz richtig sagt: „Wenn nun von einem Quasibesitz die Rede ist, so kann seiner nur als eines rechtlichen Instituts gedacht werden, also eines Instituts, welches rechtlichen Schutz genießt: von dem durch Interdicte geschützten Quasibesitz", äußert er sich dagegen a. a. O. p. 53 dahin: „Wer das Recht selbst auf irgend eine Art erworben, hat hierdurch auch den Quasibesitz sich angeeignet, sobald er nur durch einmalige Ausübung zeigte, er verbinde mit seiner rechtmäßigen Befä-

tigkeit der vorjustinianischen Quellen für die Servitutenlehre ist

---

higung auch die factische Herrschaft; es wäre daher im höchsten Grade widersinnig, zu behaupten, daß derjenige, welcher das Recht, einen hergerichteten Weg oder Fußsteig über ein fremdes Grundstück zu unterhalten, oder aber blos so darüber zu fahren, zu gehen ꝛc., erworben, auch zu einer öfteren der Zahl nach genau bestimmten Ausübung desselben genöthigt sei. Etwas ganz anderes ist es dagegen, wenn wir uns den Quasibesitz eines Rechtes, als etwas von dem Rechte selbst Abgesondertes, als etwas möglicherweise ohne das letztere selbstständig Vorhandenes denken. Für diesen Fall ist der Interdictenschutz bestimmt u. s. w." In der letzteren Stelle bezeichnet Muther eine Ausübung einer Servitut, welche keinen rechtlichen Schutz genießt, ebenfalls mit dem Ausdruck Quasibesitz, und dies ist falsch. Es scheint, daß Muther durch die Analogie des körperlichen Sachbesitzes zu diesem Irrthum, eben so wie alle anderen Rechtslehrer, verleitet worden ist. Im vulgären Sinne bezeichnet man jedes Innehaben einer Sache, auch ein solches, das keinen rechtlichen Schutz genießt, mit dem Worte Besitz, und zwar sowohl in der deutschen wie in der lateinischen Sprache. Man muß daher Besitz und juristischen Besitz als zwei wesentlich verschiedene Begriffe von einander scheiden. Ganz anders verhält es sich jedoch mit der Ausübung der Rechte. Niemand nennt im gewöhnlichen Leben denjenigen, der eine Servitut oder ein anderes dingliches Recht einmal ausgeübt hat, einen Besitzer oder Quasibesitzer der Servitut oder des Rechts. Die Uebertragung der rechtlichen Folgen des Besitzes auf die Ausübung gewisser Rechte ist lediglich wissenschaftlichen Ursprungs. Wir befinden uns daher bei den Rechten in der glücklichen Lage, durch einfachere Ausdrücke die Begriffe feststellen zu können, indem Quasibesitz überhaupt nur solche Ausübung von Rechten bezeichnen kann, mit der an sich rechtliche Folgen verbunden sind. Muther nimmt ferner an, daß zur Ersitzung der Servituten interdictmäßige Ausübung derselben nothwendig ist, was ohne Zweifel, wenn man einmal eine Ersitzung annimmt, vernunftgemäßer als die Ansicht Savigny's und Anderer ist, welche usus überhaupt als hierzu genügend hinstellen, und so weit gehen, gewaltsam stattgefundene Ausübung zum Erwerb des Quasibesitzes als hinreichend anzusehen. Nur wird in der Muther'schen Schrift eine doch so nothwendige allgemeine Behandlung des Interdictenschutzes bei Servituten vermißt, und die Darstellung dadurch wieder ganz unverständlich, daß er das Aufhören des für die Ersitzung nothwendigen Servitutenbesitzes nicht mit dem Verlust des Interdictenschutzes zusammenfallen läßt, sondern dasselbe auf künstliche nicht quellenmäßige Weise bestimmt; vgl. a. a. O. §§ 38—44. — Gegen die angeführte richtige Auffassung des Quasibesitzes von Muther äußert sich Schirmer, der Bearbeiter der Verjährungslehre von Unterholzner, p. 175 Anm. * irriger Weise dahin: „Er übersieht (nämlich Muther §. 21.), daß Quasibesitz und das Recht, die Interdicte anzustellen, nicht identisch sind."

der allmählige Entwicklungsgang des Quasibesitzes nicht genau festzustellen, nur Vermuthungen ergeben sich aus einzelnen Pandectenfragmenten, die im speciellen Theil erwähnt werden sollen. Es ist hier noch ein Irrthum hervorzuheben, der sich bei den meisten Rechtslehrern und gerade denen findet, die sich speciell mit dieser Rechtsmaterie beschäftigt haben. Man pflegt, indem der Begriff der quasi possessio als etwas ungemein Sublimes und dabei Verwirrtes dargestellt wird, die Entstehung derselben als einen plötzlichen Act, als das Ergebniß der systematischen Entwicklung hinzustellen, und die Juristen, deren Schriften in das Corpus Juris aufgenommen sind, in zwei Klassen einzutheilen: solche, denen der Begriff der quasi possessio ganz unbekannt und solche, denen er bekannt ist. Daß sich im Corpus Juris zahlreiche Stellen der ersteren Klasse vorfinden, wird wieder der Nachlässigkeit und der Thorheit der Compilatoren Schuld gegeben und die Hälfte der von dem Quasibesitz handelnden Stellen als antiquirt verworfen, wovon natürlich die Folge ist, daß ein durchaus falsches Resultat erzielt wird. [99])

Das wahre Sachverhältniß ist folgendes: Der Quasibesitz entstand seinem Wesen nach in dem Moment, wo die Ausübung eines Rechtes durch Interdict geschützt wurde. [100]) Die schließ-

99) Vgl. Elvers, Servitutenl. p. 647 flg.

100) Es ist dies von den Rechtslehrern vielfach verkannt worden, indem sie Quasibesitz und interdictmäßige Ausübung der Servituten als zwei ganz verschiedene Begriffe neben einander oder gar sich gegenüber stellen; vgl. den Schluß der vorigen Anmerkung. So spricht Savigny von einem Quasibesitz des Ususfructus, der bei den Interdicten ganz ohne Einfluß ist (Savigny, R. d. Bes. §. 45. p. 757), und Elvers sagt in seiner Servitutenl. p. 655: „Dagegen mußte sich die äußere Erscheinung der Servituten stärker von dem dinglichen Rechte selbst abheben und die Ausübung des Quasibesitzes vorbereitet werden, als der Prätor Servituten-Interdicte aufzustellen begann. Freilich sie selbst haben noch keineswegs diesen Begriff zur Voraussetzung." — Roßhirt zu der Lehre vom Bes. und insbesondere v. d. quasi possessio, Arch. f. civ. Praxis Bd. VIII. p. 45: „Das Resultat dieser Entwicklung ist, daß nicht angenommen werden kann, die in den oft erwähnten Titeln des 43. Buches der Pandecten angeführten Interdicte seien als Folgen der auf

liche Ausbildung des Quasibesitzes, wie sich uns dieselbe im Corpus Juris zeigt, hat allmählig und dem täglichen Verkehr entsprechend stattgefunden, so daß man noch jetzt im Corpus Juris einzelne Spuren des periodischen Fortschreitens wahrnehmen kann. Alle Juristen aber, aus deren Werken das Corpus Juris zusammengestellt ist, kennen den Quasibesitz dem Wesen nach, indem uns der Zeitpunkt, wo zuerst die Ausübung eines Rechtes interdictmäßig geschützt wurde, zwar unbekannt ist, aber sicherlich weiter als einer der genannten Juristen zurückreicht. Eine andere Frage ist die, ob sich für das Wesen der quasi possessio auch bei allen Juristen des Corpus Juris die Bezeichnung quasi possessio findet, und die entschieden zu verneinen ist. Nur in einigen Fragmenten finden wir den Ausdruck quasi possessio und in ganz wenigen den von possessio selbst gebraucht. Auch nachdem die rechtlichen Folgen des Besitzes auf die einzelnen Arten der Servituten in größerer oder geringerer Vollständigkeit übertragen waren, blieb immer der Satz bestehen, daß es einen wahren Sachbesitz, possessio im eigentlichen Sinne des Worts, mit allen seinen Wirkungen bei den Servituten überhaupt nicht giebt, so daß sich im Corpus Juris wiederholt ausgesprochen findet, eine possessio servitutum giebt es nicht, daneben aber wieder von einer possessio juris und einem possidere der Servituten, hier in übertragenem Sinne gebraucht, mehrfach die Rede ist.[101]) Dieser Umstand verwirrte die Rechtslehrer, die außerdem noch in

---

die Servituten von den körperlichen Dingen herübergenommenen possessio und zum Schutz derselben in der Weise, wie das interdictum uti possidetis und unde vi im System stehen, gebildet; vielmehr scheinen sie mir ganz anderen Zusammenhang zu haben, d. h. nach anderen Mustern gebildet zu sein. Hieraus folgt dann weiter, daß die Lehre von der quasi possessio eine reine Abstraction der mehr aus dem Leben in die Contemplation zurückgezogenen Jurisprudenz ist."

101) Elvers sagt von diesen Stellen in seiner Servitutenl. p. 647: „Gar manche Stellen, die den Quasibesitz noch leugnen oder wenigstens nur sehr beschränkt anerkennen, haben in unserem Corpus Juris Aufnahme gefunden."

dem Irrthum einer bestehenden Servituten-Ersitzung befangen waren, vollständig. Wie die Ausdrücke possessio und possidere in den einzelnen Fragmenten aufzufassen sind, in welcher Weise die Uebertragung der rechtlichen Folgen des Besitzes auf die einzelnen Servituten stattgefunden und der Nachweis, daß die im Corpus Juris von dem Quasibesitz sprechenden Stellen sich durchaus nicht widersprechen, sondern vollständig übereinstimmen, muß der folgenden speciellen Darstellung vorbehalten werden.

Da die Ausübung der Servituten nicht so gleichmäßig wie der Besitz bei körperlichen Sachen ist, vielmehr sehr verschiedenartig zu Tage tritt, so ist auch die Lehre von dem Besitz derselben, die quasi possessio, bei den einzelnen Arten der Servituten, wo sie vorkommt, sehr verschieden gestaltet, und muß daher bei den einzelnen Arten besonders geschildert werden. Nur eines ist bei jeder Art von Servituten-Besitz gleichmäßig erforderlich: es muß die Ausübung von dem animus, ein Recht auszuüben, begleitet sein. Dieser animus, ein Recht auszuüben, ist aber nicht mit der Ansicht, daß einem die Ausübung rechtmäßig zustehe, zu verwechseln, eben so wenig wie der animus domini mit dem Glauben, Eigenthümer zu sein.

I. Personal-Servituten.

§. 11.

Quasibesitz derselben.

Die Ausübung des Ususfructus und usus äußert sich in seiner äußeren Erscheinung auf ganz dieselbe Weise, wie die des Eigenthumes, in dem factischen Innehaben einer körperlichen Sache. Dennoch hat der Usufructuar nicht Besitz an der Sache, weil ihm der animus domini, der außer dem factischen Innehaben zum Besitz nothwendig ist, fehlt. Es heißt daher in L. 10. §. 5. D. d. acq. rer. dom. (41, 1) Gaius:

Usufructuarius vero usucapere servum non potest: primum quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi: deinde, quoniam scit servum alienum esse.

Wird nun dem Usufructuar der wahre Besitz an der Sache abgesprochen, und dies hier als einer der Gründe angeführt, weshalb ein Usufructuar einen Sclaven, an dem ihm der Ususfructus zusteht, nicht durch Ersitzung erwerben kann, so werden doch in einigen Beziehungen dem Detiniren einer Sache animo ususfructus dieselben Folgen wie dem Detiniren animo domini gegeben. Daher sagt Ulpian in L. 12. pr. D. d. acq. vel am. poss. (41, 2) in scheinbarem Widerspruch mit der L. 10. §. 5. cit.:

Naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet.

Sehen wir nun zu, wie weit die rechtlichen Folgen, die dem Besitze entspringen, auf das Innehaben einer Sache animo ususfructus übertragen worden sind.

Derjenige, welcher eine Sache nomine ususfructus in Händen hat, wird gegen jede gewaltsame Entziehung derselben ganz wie ein wirklicher Besitzer durch das interdictum de vi geschützt. Dies geht hervor aus:

L. 3. §. 13. D. de vi (43, 16) Ulpian.

Unde vi interdictum necessarium fuisse fructuario apparet, si prohibeatur uti frui usufructu fundi. §. 14. Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi dejecit utentem et fruentem: aut non admisit, cum ex fundo exiisset non usufructus deserendi causa. Ceterum si quis ab initio volentem incipere uti frui, prohibuit, hoc interdictum locum non habet: quid ergo est? debet fructuarius usumfructum vindicare. §. 15. Pertinet autem hoc interdictum ad eum qui fundo uti frui prohibitus: pertinebit etiam ad eum, qui aedificiis uti frui prohibetur. Consequenter autem dicemus ad res mobiles hoc

interdictum non pertinere, si quis uti frui prohibitus est re mobili, nisi si rei soli accedebant res mobiles. Si igitur ibi fuerunt, dicendum est, etiam ad eas referri hoc interdictum debere. §. 16. Item si non ususfructus, sed usus sit relictus, competit hoc interdictum: ex quacunque enim causa constitutus est ususfructus, vel usus hoc interdictum locum habebit. §. 17. Qui ususfructus nomine qualiterqualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. Sed si quis, posteaquam prohibitus est, capite minutus sit vel mortuus: recte dicitur, heredibus et successoribus competere hoc interdictum, non ut in futurum constituatur ususfructus, sed ut praeterita causa, et damnum praeteritum sarciatur. §. 18. Heres quoque simili modo debebit in factum actionem suscipere in id, quod ad se pervenit.

L. 9 §. 1. D. de vi (43, 16) Paulus.

Dejectum ab usufructu, in eandem causam Praetor restitui jubet: id est, in qua futurus esset, si dejectus non esset: itaque si tempore ususfructus finitus fuerit, postquam dejectus est a domino: nihilominus cogendus erit restituere, id est, usumfructum iterum constituere.

L. 27. D. d. donat. (39, 5) Papinian.

Aquilius Regulus juvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit, quoniam et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo eoque uti: defuncto Regulo, controversiam habitationis patiebatur Nicostratus: et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi, non meram donationem esse: verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum: ideoque

non videri donationem sequentis temporis irritam esse: quod si Nicostratus expulsus veniat ad judicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur defendendus erit: quasi loco possessoris constitutus, qui usum coenaculi accepit.

Nach diesen Fragmenten wird Jeder, dem eine unbewegliche oder bewegliche zu einer unbeweglichen als Pertinenz gehörende Sache, die er nomine ususfructus vel usus, gleichviel mit welchem Rechte, inne hatte, gewaltsamer Weise entrissen worden ist, durch das interdictum de vi wieder in den Besitz derselben gesetzt. Vorausgesetzt wird, daß er die Sache schon factisch inne gehabt hat, so daß Jemand, der einen Ususfructus rechtsgültig erworben, die Sache aber noch nicht in Händen gehabt hat, das interdictum de vi nicht anstellen kann, wenn er an der Ausübung gewaltsam verhindert wird. Das Ziel des interdictum de vi ist hier, daß der Dejicirte oder dessen rechtlicher Nachfolger in eandem causam restituirt wird, in qua futurus esset, si dejectus non esset, so daß, wenn nach der Dejection der Ususfructus durch Umstände untergegangen ist, die ohne vorhergehende Dejection nicht eingetreten oder diese Wirkung nicht gehabt haben würden, der dominus, welcher dejicirt hat, gezwungen wird, den Ususfructus neu zu bestellen, während er bei sonstigem Untergang des Ususfructus nach erfolgter Dejection nur den entgangenen Gewinn für die Zeit des Bestehens des Ususfructus zu ersetzen hat, und der Erbe desselben nur dafür haftet, quod ad se pervenit. Im Uebrigen gelten alle Bestimmungen, wie bei dem Sachbesitz.[102])

102) Elvers glaubt, in den beiden citirten Stellen L. 3. §§. 13 — 17. und L. 9. §. 1. cit. eine Controverse zwischen Ulpian und Paulus zu finden. Es ist dies jedoch völlig unbegründet und ein Irrthum, der aus seiner falschen Auffassung des Quasibesitzes überhaupt und aus einem unbegreiflichen Mißverständniß der L. 9. §. 1. cit. hervorgegangen ist. Wie schon bemerkt, glaubt er, daß Paulus den Begriff des Quasibesitzes seinem Wesen nach noch gar nicht kennt, und läßt sich, nachdem er angeführt, der Prätor

Außer dem interdictum de vi, welches die bereits vollendete gewaltsame Störung voraussetzt, steht dem Usufructuar, der

---

habe die Ausbildung der quasi possessio unterstützt, indem er dem an der Ausübung des Ususfructus gewaltsam verhinderten Usufructuar das interdictum de vi gewährt habe, in seiner Servitutl. p. 668 dahin aus: „Aber freilich ist dieses Gebot von den römischen Juristen, je nachdem sie für oder gegen den Begriff des Quasibesitzes waren, verschieden ausgelegt worden. Paulus, der schon bei einer anderen Gelegenheit gesagt hat, ein Recht könne nicht besessen werden, und deshalb könne auch Niemand mit Gewalt aus dem Rechte dejicirt werden, L. 4. §. 27. D. d. usurp. 41, 3 (in der citirten Stelle ist von einem detrudi de via die Rede, was Elvers wieder ohne Weiteres auf alle Arten der Servituten ausdehnt), läßt sich dadurch nicht von seiner Opposition abhalten, und faßt die Bestimmung des Edicts daher nur als eine singuläre, durchaus wörtlich zu interpretirende Vorschrift auf. Dejectum ab usufructu, sagt er, in eandem causam Praetor restitui jubet, id est, in qua futurus esset, si dejectus non esset. Demnach müsse, fährt er fort, die Restitution stets geschehen, möge auch immer inzwischen der Zeitpunkt eingetreten sein, mit welchem der Ususfructus erlöschen sollte, und deshalb könne der Eigenthümer, falls er der Dejicient war, einen ganz neuen Ususfructus dieses Interdicts wegen bestellen müssen. Also nicht auf den Besitz der Servitut stützt sich dieses Interdict, — denn dann könnte es nicht mehr angestellt werden, wo ein Erlöschungsgrund für das angebliche Recht eingetreten und in Folge dessen auch der animus possidendi untergegangen war, — sondern lediglich auf die Thatsache der Dejection, und aus dieser gehen dem Wortlaut des prätorischen Interdicts gemäß immer dieselben nachtheiligen Folgen für den Dejicienten hervor, möge inzwischen auch der Besitz des Ususfructus, welcher gestört wurde, zur Unmöglichkeit geworden sein. Ganz anders faßt es Ulpian in L. 3. §§. 13—17. h t. auf, indem er hier, wie überall, von dem Begriffe des Quasibesitzes ausgeht, und indem er in diesem Interdict nur ein Schutzmittel für letzteren sieht, will er dasselbe da, wo der dejicirte Usufructuar nachher eine capitis deminutio erlitten hat oder gestorben ist, nicht mehr auf Herstellung des Ususfructus, sondern nur auf Ersatz des durch die Dejection entstandenen Schadens zulassen." Wir sehen hier leider, daß ein Rechtslehrer in Stellen, welche ganz offenbar klar liegen, mit Aufbietung aller Kräfte Schwierigkeiten hineinzutragen sucht, die durchaus nicht vorhanden sind. Die Auffassung ist eine ganz verfehlte. Paulus und Ulpian stimmen vollständig überein. Paulus sagt in der L. 9. §. 1. cit., es soll der dejicirte Usufructuar in eandem causam restituirt werden, in qua futurus esset, si dejectus non esset. Elvers behauptet nun, Paulus fahre fort und sage, die Restitution müsse stets geschehen, möge auch immer inzwischen der Zeitpunkt eingetreten sein, mit welchem der Ususfructus erlöschen sollte, wenn nur der Eigenthümer der Deji-

eine Sache inne hat, gegen jede Art von Störung, sowohl der ungesetzlichen, eigenmächtigen, als auch der gesetzlichen auf dem

---

cient war. Eine solche Thorheit fällt Paulus nicht im Entferntesten ein, sollte ihm aber auch nicht seinem klaren Ausspruch gegenüber zum Vorwurf gemacht werden. Die Worte „itaque si tempore ususfructus finitus fuerit, postquam dejectus est a domino" bedeuten ganz offenbar nichts Anderes, als: wenn daher durch Zeitablauf, d. h. durch non usus, der Ususfructus untergegangen sein sollte, nachdem er von dem Eigenthümer dejicirt worden ist. In diesem Falle soll eben, wie es dann weiter heißt, der Ususfructus wieder constituirt werden, was geschehen muß, wenn der dejicirte Usufructuar in eandem causam, in qua futurus esset, si dejectus non esset, restituirt werden soll. Wie Elvers in jene Worte den Sinn legen will, möge auch immer inzwischen der Zeitpunkt eingetreten sein, mit welchem der Ususfructus erlöschen sollte, ist mir unverständlich. Da nun Paulus als Hauptprincip den Satz hinstellt, der dejicirte Usufructuar soll in eandem causam, in qua futurus esset, si dejectus non esset restituirt werden, so versteht sich ganz von selbst, daß auch nach seiner Ansicht, wenn seit der Dejection der Dejicirte eine cap. deminutio erlitten hat oder gestorben ist, der Ususfructus nicht wieder hergestellt wird, sondern nur für den entgangenen Fruchtbezug bis zu jenem Moment Schadensersatz zu leisten ist. Selbstverständlich fallen mit der verkehrten Auffassung der Stelle von Seite Elvers auch die von ihm daraus für den Quasibesitz gezogenen Folgerungen dahin. Man kann sich nicht wundern, wenn Elvers bei solcher Behandlung der Stellen zu folgendem Resultat seiner historischen Entwicklung des Quasibesitzes gelangt. Er sagt a. a. O. p. 672: „Wir haben seither näher untersucht, wie die einzelnen römischen Juristen zu der neuen Theorie von dem Quasibesitz gestanden haben, einer Untersuchung, der wir uns nicht entziehen zu können glaubten, weil davon häufig abhängen wird, ob wir eine Harmonie zwischen den von ihnen ausgesprochenen Sätzen und der Lehre vom Servitutenbesitz anerkennen müssen oder nicht. Wir können darnach mit Sicherheit nur Javolen, Julian und Ulpian für dieselbe anführen; daß sie aber dennoch die im Corpus Juris recipirte ist, wird keinem Zweifel unterliegen, wenn man die vielfach aufgenommenen klaren Sätze Ulpian's in's Auge faßt, und dagegen nicht übersieht, daß die alte Theorie sich meistens nur in der Gestalt von Entscheidungsgründen im Corpus Juris findet, und zwar für Entscheidungen, die auch noch heutigen Tages, wenn auch aus anderen Gründen, richtig sind, und daß daher die Compilatoren, denen der Zwiespalt ihrer Quellen ohnehin nicht völlig klar gewesen zu sein scheint, leicht zur Aufnahme derselben veranlaßt werden konnten." Die von Elvers geschaffene Harmonie möchte doch wohl etwas theuer erstanden scheinen, wenn er die Fragmente aller in's Corpus Juris aufgenommenen Juristen mit Ausnahme von Julian, Javolen und Ulpian für antiquirt und nicht entscheidend annimmt; überhaupt möchte

Wege der Klage erfolgenden das interdictum uti possidetis zu. Die näheren Bestimmungen für die Wirkung desselben sind hier folgende.

Der Usufructuar wird zunächst, wie der wahre Besitzer, bei dem Innehaben selbst geschützt.

L. ult. D. uti possid. (43, 17):

> In summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum, et si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat. Idem erit probandum, et si ususfructus quis sibi defendat possessionem: et ita Pomponius scribit. Proïnde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.

Ulpian sagt: Ich glaube, daß man den Satz hinstellen muß, daß dieses Interdict auch zwischen Usufructuaren zur Anwendung kommen muß, und zwar wenn der eine als Usufructuar, der andere als Eigenthums-Besitzer die Sache in Anspruch nimmt. Dasselbe wird auch behauptet werden müssen, wenn sich Jemand den Besitz als Usufructuar bewahren will: und so berichtet auch Pomponius. Wenn ferner der eine sein Recht des Usus, der andere sein Recht des Fructus bewahren will, so wird auch diesen das Interdict gewährt werden müssen.

Es wird in dieser Stelle im Anfange im Allgemeinen gesagt, daß, wenn zwei Personen das Recht zum Innehaben derselben Sache zu haben behaupten, das Interdict gegeben wird, auch wenn Usufructuare als streitende Partei auftreten, und im Folgenden werden dann drei einzelne Fälle, welche hier eintreten können, aufgezählt.

---

für das von ihm hingestellte Resultat der Quellen kein Ausdruck weniger passen, wie der der Harmonie. Zu bewundern ist auch hier wieder das Selbstvertrauen, mit dem sich der Verfasser der citirten Stelle ein größeres Verständniß der alten römischen Rechtsquellen, von denen wir doch in unserer Lehre gerade so ungemein wenig erhalten haben, als den Compilatoren des Corpus Juris beilegt.

Nämlich erstens: Es hat Jemand eine Sache als Eigenthümer, also als wirklicher Besitzer, inne, und der Gegner behauptet als Usufructuar zum Innehaben der Sache berechtigt zu sein.

Zweitens: Es hat Jemand eine Sache als Usufructuar in Händen und vertheidigt sich gegen einen Anderen, der die Sache, sei es als Eigenthümer oder als Usufructuar, in Anspruch nimmt.

Drittens: Es streiten zwei über das Innehaben einer Sache, indem der eine als Usuar, der andere als Fructuar dazu berechtigt zu sein glaubt. [103])

---

103) Diese Stelle wird in der Regel — z. B. von Savigny und Rudorff — so aufgefaßt, daß vier verschiedene Fälle aufgezählt werden. Dann wird der erste Satz: „in summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum" von mehreren Inhabern des Ususfructus an einer Sache verstanden; der zweite überall richtig von einem Conflict zwischen einem Usufructuar und Eigenthumsbesitzer und der letzte ebenfalls richtig von einem Streit zwischen Usufructuar und Usuar handelnd aufgefaßt. Dagegen bringen die Worte: idem erit probandum, et si ususfructus quis sibi defendat possessionem die Rechtslehrer in Verlegenheit. Hier ist offenbar davon die Rede, daß beide Quasibesitzer als Usufructuare zu sein behaupten, was jene schon in den Anfangsworten ausgesprochen zu finden glauben, die nur den allgemeinen Satz ausdrücken, daß das interdictum uti possidetis überhaupt auch dem Usufructuar zukomme. Savigny interpretirt die Worte „et si quis ususfructus sibi defendat possessionem" in seiner Lehre vom Besitz §. 45. p. 581 c. dahin: „wenn ein Fremder, d. h. der gar kein Recht hat, den Besitz des fructuarius stört". Diese Auffassung ist ungerechtfertigt. Einmal kommt der Rechtspunkt bei der Anstellung des interdictum uti possidetis überhaupt gar nicht in Betracht. Ferner ist an eine eigenmächtige gewaltsame Störung, wie Savigny's Worte allenfalls auch verstanden werden können, gar nicht zu denken, indem in der ganzen Stelle offenbar von der Regulirung des Besitzes als Einleitung zum Actionsverfahren die Rede ist. — Rudorff erklärt die Worte in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. XI. p. 344 folgendermaßen: „Dritter Fall: si ususfructus quis sibi defendat possessionem. Bisher scheint hier nicht beachtet zu sein, daß der Quasibesitz des Nießbrauchs niemals ususfructus possessio, sondern geradezu ususfructus, uti frui heißt, wie das Recht selber. Ususfructus possessio ist vielmehr das Recht oder die Ausübung eines prätorischen, z. B. vom Superficiar, an einem Provinzial-Grundstück, vom Legatar des Nießbrauchs in Folge eines Fideicommisses bestellten Ususfructus." Rudorff hat hier unzweifelhaft die L. 3. D. si ususfr. pet. (7, 6) im Sinn, wo Julian von demjenigen, der ex causa fideicommissi einen Ususfructus

In allen diesen Fällen wird bei Anstellung des Interdicts ohne Rücksicht auf den animus derjenige Sieger bleiben, das heißt die Sache vorläufig erhalten, welcher nec vi, nec clam, nec precario ab adversario die Sache in Händen hat.

Es kommt also die erste Wirkung des interdictum uti possidetis, der Schutz gegen jede Art von Störung bei dem Innehaben einer Sache dem Usufructuar gerade so, wie dem wirklichen Besitzer zu statten. Anders verhält es sich mit der zweiten Wirkung, der Befreiung von der Beweislast. Kommt es nach der Regulirung der Besitzfrage zum Actionsverfahren, so sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Der von dem im Quasibesitz geschützten Usufructuar die Herausgabe der Sache Fordernde beruft sich auf eine Personal-Servitut. Hier stellt sich die Sache gerade so wie bei dem Vindicationsverfahren, d. h. der durch das Interdict geschützte Quasibesitzer bleibt in dem Quasibesitz, wenn der Kläger nicht nachweist, ein besseres Recht als der Verklagte zu haben, auch wenn

---

tradirt erhalten hat, im Gegensatz zu dem, der einen solchen legitime erworben hat, sagt: er habe nur possessionem ususfructus, während er letzterem dominium ususfructus zuschreibt. Es sind dies nur bildliche in dieser Stelle allein gebrauchte Ausdrücke, um die nach altem Recht verschiedene Wirkung des jure und per tuitionem bestellten Nießbrauchs auszudrücken. Was die Behauptung Rudorff's betrifft, die Quasipossessio des Usufructuars werde nie durch possessio ususfructus, sondern stets nur durch ususfructus oder uti frui bezeichnet, so ist dagegen L. 60. D. d. usufr. (7, 1) anzuführen, wo es heißt: et ideo si de fundi proprietate inter duos quaestio sit, fructuarius nihilominus in possessione esse debet, wo allerdings für den Quasibesitz des Usufructuars nicht possessio ususfructus, aber possessio schlechthin gebraucht wird und der Zusatz ususfructus des Sinnes halber nicht nothwendig ist. In der L. ult. D. uti poss cit. dagegen mußte possessio ususfructus gesagt werden, da der Quasibesitz des Usufructuars neben und im Gegensatz zu dem wahren Besitz erwähnt wird, und der Ausdruck quasi possessio nicht angewandt wurde. — Uebrigens übergeht Rudorff a. a. O. auch die L. 60. §. 1. D. d. usufr. (7, 1) ganz, was allerdings darin seinen Grund findet, daß die Befreiung von der Beweislast bisher von den Rechtslehrern nicht als Folge des Besitzes und Quasibesitzes erkannt worden ist.

ſich bei dem Verfahren ſelbſt ergiebt, daß der jetzige Quaſibeſitzer gar kein Recht zu dem Quaſibeſitz hat.

2. Der, welcher von dem durch das Interdict geſchützten Quaſibeſitzer die Herausgabe der Sache verlangt, macht ſein Recht als Eigenthümer geltend. Hierüber wird in

L. 60. §. 1. D. d. usufr. (7, 1) Paulus.

. . . . et ideo si de fundi proprietate inter duos quaestio sit, fructuarius nihil ominus in possessione esse debet, satisque ei a possessore cavendum est, quod non sit prohibiturus frui eum, cui ususfructus relictus est, quamdiu de jure suo probet. Sed si ipsi usufructuario quaestio moveatur, interim ususfructus ei aufertur; sed caveri de restituendo eo, quod ex his fructibus percepturus est, vel si satis non detur, ipse frui permittitur.

L. 5. pr. D. si usufr. pet. (7, 6) Ulpian.

. . . . Quodsi forte qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.

Folgendes beſtimmt: kann der Kläger ſein Eigenthum an der Sache nicht nachweiſen, ſo wird der Uſufructuar, obwohl er gar kein Recht zum Nießbrauch hat, dennoch kraft des Rechts ſiegen, d. h. die Sache behalten, nach welchem die wirklichen Beſitzer Sieger bleiben, wenn ſie auch gar kein Recht zum Beſitze haben. Mithin hat der im Quaſibeſitze befindliche Uſufructuar dem angeblichen Eigenthümer gegenüber, der dieſes ſein Recht nicht nachweiſen kann, dieſelben Vergünſtigungen wie der wirkliche Beſitzer. Wenn ferner zwei Perſonen über das Eigenthum einer Sache ſtreiten, welche ein Dritter als Uſufructuar, vorausgeſetzt natürlich auf interdictmäßige Weiſe, in Händen hat, ſo behält dieſer Dritte nichtsdeſtoweniger die Sache und kann von dem der beiden Streitenden, welcher als Beſitzer, d. h. als Verklagter und ſomit von der Beweislaſt Befreiter anerkannt worden iſt, eine Sicher-

ſtellung dafür fordern, daß er, ſo lange ſein Recht als Eigenthümer nicht dargethan ſei, ihn, dem der Uſusfructus vermacht worden, an der Ausübung deſſelben nicht hindern wolle. Wird aber gegen den Uſufructuar ſelbſt die Klage auf Herausgabe der Sache angeſtellt, was natürlich erſt geſchehen kann, wenn der Streit über das Eigenthum der Sache entſchieden iſt, ſo wird der Uſusfructus deſſelben einſtweilen aufgehoben, d. h. er muß die Sache an den erwieſenen Eigenthümer herausgeben, iſt jedoch als bisheriger Quaſibeſitzer berechtigt, Beſtellung einer Caution über die Reſtitution des ihm während der Dauer des Rechtsſtreits entgangenen Fruchtbezuges für den Fall, daß er Sieger bleibt, zu verlangen, oder erhält, falls eine ſolche Sicherſtellung nicht gewährt wird, die Erlaubniß, ſelbſt während des Prozeſſes die Früchte zu beziehen.

Mithin muß der Quaſibeſitzer, wenn ſein Gegner das Eigenthum an der Sache nachgewieſen, die Sache herausgeben, verliert alſo den Quaſibeſitz einſtweilen. Nur giebt ihm der bisherige Quaſibeſitz das Recht, eine Caution de restituendis fructibus von dem Eigenthümer zu fordern und für den Fall, daß eine ſolche nicht gegeben wird, kann er die Früchte ſelbſt beziehen, behält alſo nur in dieſem Falle auch noch fernerhin die Sache in Händen. Da aber nach dem interdictum uti possidetis im Fall eines Streites über eine Sache nur derjenige, der als Beſitzer anerkannt wird, von dem Beweiſe frei iſt, ſo muß, da andere Beſtimmungen nicht im Corpus Juris ausgeſprochen werden, dem Uſufructuar, ſobald ſein Gegner ſein Eigenthum bewieſen hat, die Beweislaſt für das Beſtehen ſeines Uſusfructus auferlegt werden. [104])

104) Elvers giebt in ſeiner Servitutenlehre eine geſchichtliche Entwicklung des Quaſibeſitzes, welche als ganz mißlungen anzuſehen iſt. Das ſeiner Meinung nach erſt ſehr ſpäte und plötzliche Entſtehen des Begriffs von quasi possessio begründet er unter anderem dadurch, daß bei den Servituten die Beſitz-Regulirung im Falle eines Rechtsſtreits nicht ſo dringend wie bei dem Eigenthumsſtreit geboten geweſen ſei, und behauptet, daß, wenn

Für den Erwerb und den Verlust der quasi possessio bei Personal-Servituten gelten dieselben Bestimmungen, wie für den wahren Besitz, da sich der erstere von dem letzteren nur durch den animus, mit dem die Sache besessen wird, unterscheidet. Für die Fortsetzung des Quasibesitzes ist noch hervorzuheben, daß, da die Personal-Servituten an die Person gebundene Rechte sind, der Quasibesitz dem Inhaber des Rechts durch alle Personen, an welche er sein Recht veräußert, mit Ausnahme des Eigenthümers der Sache erhalten bleibt.

Savigny[105]) bestimmt die quasi possessio der Personal-Servituten dahin:

„Erworben also wird diese Art des Besitzes durch dasselbe Handeln, wie der Besitz der Sache selbst: namentlich durch Uebergabe der Sache, oder dadurch, daß der Eigenthümer in das Grundstück einführt, oder den fructuarius selbst in Besitz nehmen läßt: vorausgesetzt, daß dies Alles in bestimmter Beziehung auf den ususfructus geschehen. Fortgesetzt wird dieser Besitz, wie jeder andere Besitz, durch die ununterbrochene Mög-

---

eine solche Besitz-Regulirung stattgefunden habe, ursprünglich das vindicias dare stets secundum libertatem erfolgt sei. Hierbei bemerkt er a. a. O. §. 62. p. 649 Anm. a über die L. 60. (7, 1) cit.: „Für diese von der herrschenden Ansicht abweichende Meinung spricht vor Allem die L. 60. D. d. usufr. des Paulus, der, wie wir später zeigen werden, den Quasibesitz und seine Consequenzen in den meisten Beziehungen noch nicht anerkannt und auch hier auf dem Standpunkt des älteren Rechts stehen geblieben zu sein scheint. Es heißt daselbst am Schluß: sed si ipsi usufructuario quaestio moveatur etc., so daß also der Usufructuar nur unter der besonderen Voraussetzung, daß ihm nicht cavirt wird, die Ausübung während des Servitutenprozesses behalten soll." Elvers faßt hier wieder die einzige Stelle, welche über die Wirkung des Quasibesitzes dem bewiesenen oder anerkannten Eigenthümer im Prozesse gegenüber Aufschluß giebt, als antiquirt und als historische Notiz auf, die aus Versehen der Compilatoren in das Corpus Juris aufgenommen worden ist. Bei solcher Behandlung des Corpus Juris ist es eben nicht wunderbar, wenn Elvers schließlich a. a. O. p. 45 a. E. sagt: der Zusammenhang der Quasibesitzlehre nach römischem Recht sei „verschleiert und unkenntlich" geworden."

105) Savigny, Recht d. Bes. §. 45. p. 756 a. E.

lichkeit, die ursprüngliche Herrschaft zu reproduciren: verloren also durch die Aufhebung dieser Möglichkeit."

Bis hierher ist die Darstellung richtig, nun fährt er aber so fort:

„Indessen muß hier außerdem noch eine andere Art des Verlustes angenommen werden. Da nämlich durch bloßen non usus am Ende eines bestimmten Zeitraums die Servitut selbst verloren wird, so muß in der ganzen Zwischenzeit der Besitz verloren gewesen sein, obgleich jene Reproduction stets möglich gewesen sein kann. Auf der anderen Seite aber kann man nicht behaupten, daß jeder auch noch so kurze Nichtgebrauch den Besitz wirklich entziehe, weil sonst gar keine Grenze übrig bliebe und weder Erhaltung des Besitzes noch besonders Ersitzung möglich sein würde. Deswegen bleibt nichts übrig, als anzunehmen, daß während des bloßen Nichtgebrauchs (ohne fremde Occupation) der Besitz in suspenso ist, und daß es sich erst durch Erneuerung des Gebrauchs oder Ablauf des ganzen Zeitraums zeigt, ob er in der ganzen Zwischenzeit da gewesen oder nicht da gewesen ist. Eben wegen dieser vorläufigen Unentschiedenheit ist aber diese Art des Verlustes bei den Interdicten ganz ohne Einfluß."

Savigny gelangt zu einem sehr merkwürdigen Resultat, nämlich zu einer Art von Besitz, der in der Gegenwart unerkennbar ist, von dem sich erst nach Verlauf von vielen Jahren feststellen läßt, ob er in der Vergangenheit existirt hat oder nicht. Er wurde zu dieser Verirrung dadurch verleitet, daß er in die Quasibesitzlehre zwei Rechtsinstitute aufnahm, welche gar nicht in dieselbe gehören, nämlich die irrthümlich angenommene Ersitzung der Servituten und den Untergang derselben durch non usus. Bereits im vorigen Kapitel ist nachgewiesen worden, daß eine Ersitzung der Servituten im Corpus Juris nicht ausgesprochen, sondern ausdrücklich ausgeschlossen wird, und gezeigt, wie ungegründet namentlich eine Ersitzung der Personal-Servituten von den meisten älteren und allen neueren Rechtslehrern angenommen

wird (vergl. §. 4.). Bei den Personal-Servituten ist die Ausübung ohne Detention der Sache unmöglich; es wird daher, wie wir gesehen haben, nicht erst die wirkliche Ausübung in ihren einzelnen Erscheinungen, sondern schon das Innehaben der körperlichen Sache nomine ususfructus unter den oben angeführten Voraussetzungen geschützt. [106]) Der Satz, daß Personal-Servituten, d. h. das Recht derselben, durch non usus, das Unterlassen der wirklichen Ausübung untergehen, gehört als auf das Recht bezüglich gar nicht hierher, wo wir eben die rechtlichen Folgen der Ausübung, abgesehen von jedem Rechte dazu, betrachten. Es bleibt daher der, welcher eine Sache nomine ususfructus auf die beschriebene Weise inne hat, quasi possessor und wird als solcher geschützt, wenn auch der Ususfructus selbst, das Recht zu diesem Innehaben, schon durch non usus [107]) untergegangen sein sollte, während umgekehrt der, welchem das Recht zu einer Personal-Servitut vollständig zusteht, nur dann sich in der quasi possessio befindet, wenn er die Sache interdictmäßig inne hat. [108])

---

106) Dies hat Elvers richtig erkannt und gegen Savigny geltend gemacht, jedoch meiner Meinung nach nicht genügend begründet, wenn er in seiner Servitutl. p. 675 Note a2 sagt: „Dies scheint vielfach und z. B. auch von Savigny verkannt zu werden, indem darüber Untersuchungen angestellt werden, wie es sich verhalte, wenn Jemand nicht gebrauche und in Folge davon den Ususfructus verliere, und doch die Detention der Sache habe — von wann an die Quasipossession des Ususfructus verloren sei. Allein ein solcher Zustand kann unseres Erachtens nicht vorkommen."

107) Der Untergang der Servituten durch non usus kann hier nicht weiter erörtert werden, da dies von dem hier zu behandelnden Thema zu weit abführen würde.

108) Ueber den zu der irrthümlich angenommenen Ersitzung nothwendigen Besitz äußert sich Savigny in seiner Lehre vom Bes. §. 45. Anmerk. 2 p. 578 dahin: „Eine etwas verschiedene Bewandniß hat es mit der Fortsetzung des Besitzes, insofern diese zu einem Erwerb durch Ersitzung führen soll. Hier nimmt Unterholzner (Verjährl. §. 214.) an, der Besitz dauere fort, wenn gleich gewöhnliche Unterbrechungen der Ausübung stattfinden, dagegen sei er unterbrochen, wenn man die Ausübung ganz ungewöhnlich lange Zeit hindurch unterlassen habe. Diese Annahme, bei welcher freilich ein sehr freies Ermessen des Richters unvermeidlich ist, scheint richtig." Savigny ac-

Ebenfalls ganz unrichtig ist es daher, wenn Zielonacki[103]) die quasi possessio der Personal-Servituten folgendermaßen definirt:

„Der Erwerb der quasi possessio bei den Personal-Servituten nach der physischen Seite hin involvirt zwar die Detention der Sache, aber er fällt nicht mit derselben zusammen. So erwirbt der Usufructuar z. B. eines Schmuckes durch die Verwahrung desselben nur die Detention; die quasi possessio wird erst dann erworben, wenn er den apprehendirten Schmuck zu gebrauchen beginnt. Somit ist derjenige, welcher eine Personal-Servitut erwirbt, beides:

a) detentor der res corporalis;

b) quasi possessor der Servitut.

Als detentor der res corporalis besitzt er dieselbe naturaliter, L. 12. D. d. acq. vel am. poss., und zwar alieno nomine, d. h. im Namen des Eigenthümers."

Zielonacki kann natürlich für seine Ansicht, daß zur detentio der Sache noch die wirkliche Ausübung hinzutreten muß, wenn quasi possessio der Personal-Servituten entstehen soll, kein Quellenfragment als Belag anführen, was allerdings leider in dieser Rechtsmaterie nicht etwas Ausnahmsweises, sondern sehr Gewöhnliches ist.

Außer dem interdictum de vi und dem interdictum uti possidetis steht dem Usufructuar zum Schutz seiner Detention

---

ceptirt hier eine Ansicht Unterholzner's, welche ohne jeden Quellenanhalt rein der natürlichen Vernunft gemäß aufgestellt wird. Wenn es eine Ersitzung der Personal-Servituten oder überhaupt der positiven Servituten im römischen Rechte gäbe, was allerdings denkbar wäre, so würde der Quasibesitz der verschiedenartigen Aeußerung desselben gemäß eine viel sorgfältigere oder doch mindestens eben so genaue Bestimmung wie der wirkliche Besitz bei der Usucapion erfordert und erhalten haben. Der gänzliche Mangel an solchen Bestimmungen konnte die Rechtslehrer nicht zur Prüfung der Frage bewegen, ob es denn auch eine Servituten-Ersitzung nach römischem Recht gäbe, vielmehr bestimmte er sie dazu, sich das ihrer Meinung nach Fehlende auf eigene Hand zu ersetzen.

der Sache noch das interdictum de precario gerade so wie dem wirklichen Besitzer zu, was sich aus folgender Stelle ergiebt:

L. 2. §. 3. D. d. precario (43, 26) Ulpian.

Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis, vel juris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat.

Das Resultat ist also, daß nach römischem Recht der, welcher eine Sache nomine ususfructus nec vi, nec clam, nec precario ab adversario inne hat, sich Jedem gegenüber, den Eigenthümer der Sache einbegriffen, gegen eine gewaltsame eigenmächtige Entziehung der Sache durch das interdictum uti possidetis schützen, und, falls eine solche schon erfolgt ist, die Herausgabe der Sache resp. das Interesse durch das interdictum de vi oder de precario erlangen kann. Wird ihm von Jemand auf dem Wege der Klage das Recht des Innehabens nomine ususfructus streitig gemacht, der nicht Eigenthümer zu sein behauptet, so bleibt er im Besitz der Sache, bis sein Gegner ein besseres Recht zum Innehaben derselben nachgewiesen. Bestreitet ihm Jemand als angeblicher Eigenthümer der Sache das Recht, dieselbe zu besitzen und erkennt er ihn nicht als Eigenthümer an, so bleibt er im Besitze der Sache, bis sein Gegner das Eigenthum an derselben nachgewiesen; erkennt er aber das Eigenthumsrecht seines Gegners an oder ist solches dargethan, so ist er verpflichtet, gegen eine Caution de restituendis fructibus, für den Fall, daß ihm das Recht des Ususfructus zuerkannt wird, die Sache sofort herauszugeben. Nur wenn der Eigenthümer diese Caution nicht bestellen kann oder will, behält der im Quasibesitze befindliche Usufructuar die Sache auch für die fernere Dauer des Rechtsstreits. Streiten endlich zwei Personen über das Eigenthum einer Sache, die ein Dritter nec vi, nec clam, nec precario nomine ususfructus inne hat, so behält dieser Dritte die Sache bis zur Entscheidung über das Eigenthumsrecht, und kann sogar noch von demjenigen von Beiden, der als possessor rei

anerkannt worden ist, Bestellung einer Caution dafür verlangen, daß er ihn nicht an der ferneren Ausübung des Ususfructus hindern wolle, bis sein Eigenthumsrecht bewiesen sei.

Diese in L. ult. (43, 17), L. 60. (7, 1) und L. 5. pr. (7, 6) cit. ausgesprochenen Wirkungen des Quasibesitzes der Personal-Servituten finden sich bei keinem Rechtslehrer anerkannt und auseinandergesetzt. Die größere Zahl derselben begnügt sich damit, wie Keller[110]), Vangerow[111]), Puchta[112]) und Zielonacki[113]), einfach anzuführen, daß das interdictum uti pos-

109) Zielonacki, krit. Erört üb. d. Servitutl. Breslau 1849. §. 153.

110) Keller, Pand. §. 186. p. 364.

111) Vangerow, Pand. §. 355. Anm. 2 Nr. 1. p. 779.

112) Puchta, Pand. §. 139. p. 205.

113) Zielonacki a. a. O. p. 245. — Nach den oben angeführten Fragmenten steht dem Usufructuar das interdictum uti possidetis zu. Es gehört mithin zum Quasibesitz desselben, daß er die Sache als nec vi, nec clam, nec precario ab adversario in Händen hat. Dennoch sagt Zielonacki a. a. O. p. 154 über den Quasibesitz: „Zu allerletzt sind noch zwei wichtige Punkte hervorzuheben. Zunächst der Umstand, daß die quasi possessio aller Servituten überhaupt, mögen es Personal- oder Prädial-Servituten, Feldbienstbarkeiten oder Gebäude-Servituten sein, nur eine bonae fidei possessio sein kann. Entweder ist Jemand ein bonae fidei possessor der Servitut, oder er besitzt sie nicht. Daß der Besitzer der Servitut im guten Glauben sein muß, wird ausdrücklich gesagt." Zur Begründung der Behauptung, daß der quasi possessor einer Personal-Servitut eben so wie der einer Prädial-Servitut in bona fide sein müsse, beruft sich Zielonacki auf L. 25. D. quemadm. serv. amitt. (8, 6), L. 7. D. d. itin. act. (43, 19), L. 1. §§. 9. 10. D. d. aq. quot. vel aest. (43, 20) und L. 1. §. 39. eod. Zielonacki versieht hierbei zweierlei. Einmal übergeht er diejenigen Fragmente, welche ihm für die Personal-Servituten allein und deutlich genug Aufschluß geben können, ganz mit Stillschweigen und verfällt in den im §. 8. gerügten Fehler, daß er aus den von den Präsidial-Servituten redenden Stellen auch ohne Weiteres Schlüsse auf die Personal-Servituten zieht. Die einzelnen Klassen der Servituten sind jedoch nicht bloß äußerlicher Umstände halber, sondern wegen essentieller Verschiedenheit von den Römern so streng im Corpus Juris geschieden. Zweitens zerreißt aber Zielonacki das Fragment in L. 25. D. cit., indem er nur die Worte citirt: servitute usus non videtur, nisi is, quo suo jure uti se credidit. Selbst wenn der Satz in dieser Allgemeinheit im Corpus Juris stände, könnte er den oben über das interdictum uti possidetis aufgeführten Stellen gegenüber auf

sidetis auch zum Schutz des Quasibesitzes bei Personal-Servituten gegeben wird. Von allen diesen muß man annehmen, sie seien der Ansicht, der Quasibesitzer einer Personal-Servitut könne sich während der ganzen Dauer des Rechtsstreits auch gegen den legitimirten oder anerkannten Eigenthümer im Besitz der Sache behaupten, da sie die hiervon abweichenden ausdrücklich getroffenen Bestimmungen übergehen. Der einzige Rechtslehrer, welcher sich über die L. 60. (7, 1) cit. offen äußert, ist Elvers, der, wie bereits in Anm. 104 angeführt worden ist, diese Stelle irriger Weise als der Lehre vom Quasibesitze widersprechend und deshalb antiquirt verwirft.

§. 12.

Besondere Erwerbsarten derselben.

Bei Gaius finden wir §. 28. II. folgenden Ausspruch:

> Incorporales res traditionem non recipere manifestum est.

Hierauf folgt im §. 29. flg. die Schilderung des Servituten-Erwerbes, wo gesagt wird, daß servitutes praediorum urbanorum in jure cedirt, servitutes praediorum rusticorum aber auch mancipirt, Personal-Servituten endlich entweder in jure cedirt oder per mancipationem deducirt werden können. Bei Provinzial-Grundstücken, wo die civilen Formen nicht anwendbar wären, könnten Personal- wie Prädial-Servituten durch pactiones

---

die Personal-Servituten keine Anwendung finden, bei denen eben schon das tenere rem nomine ususfructus und nicht erst das uti oder gar bona fide uti geschützt wird. Paulus fährt aber in der L. 25. D. cit. so fort: ideoque, si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit. Hieraus ersieht man, daß dieses Fragment ebenso wie die anderen von Zielenacki citirten von Rustical-Servituten handeln und ganz unpassend zur Begründung von Sätzen für die Personal-Servituten gebraucht werden.

et stipulationes, d. h. Formal-Verträge erworben werden. Eine analoge Anwendung der leichteren Bestellung per traditionem nach vorangehendem formlosen Vertrag, wie sie beim Eigenthum sich findet, wird nicht erwähnt. Nach dem Wegfallen der civilen Formen im Justinianischen Recht würde für dieses nur die Bestellung per pactiones et stipulationes übrig bleiben. Wie wir jedoch im vorigen Paragraphen gesehen haben, daß der Usufructuar nach Justinianischem Recht zum großen Theil ebenso wie der wirkliche Besitzer durch interdictum uti possidetis, de vi und de precario in dem Besitz der Sache geschützt wird, so finden wir, daß ähnlich wie beim Eigenthum im Corpus Juris, dann die Bestellung der Personal-Servituten als rechtsgültig anerkannt wird, wenn zu dem formlosen Vertrage die Uebergabe der Sache hinzutritt. Dieser Erwerb der Personal-Servituten per traditionem widerstreitet auch keineswegs dem am Anfang dieses Paragraphen aufgeführten Satze von Gaius, welcher in L. 43. §. 1. D. d. acq. rer. dom. (41, 1) aufgenommen worden ist, indem es sich hier eben nicht um das Tradiren einer res incorporalis, sondern res corporalis, eines Grundstücks u. s. w. handelt.

Von diesem Erwerb der Personal-Servituten per traditionem handeln folgende Fragmente:

L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am. (7, 4) Ulpian.

Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu: et parvi refert, utrum jure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione Praetoris. Proinde traditus quoque ususfructus, item in fundo vectigali, vel superficie non jure constitutus, capitis minutione amittitur.

L. 3. D. si ususfr. pet. (7, 6) Julian.

Qui usumfructum traditum sibi ex causa fideicommissi desiit in usu habere, tanto tempore, quanto si legitime ejus factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet: est enim absurdum, plus juris habere eos, qui pos-

sessionem dumtaxat ususfructus, non etiam dominium adepti sint.

L. 25. §. 7. D. d. usufr. (7, 1) Ulpian.

Quod autem diximus, ex re fructuarii, vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quoties jure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem, vel stipulationem.

In der L. 1. pr. D. cit. theilt Ulpian die Erwerbsarten des ususfructus in zwei Klaſſen, nämlich in ſolche die jure und ſolche die per tuitionem Praetoris conſtituirt worden ſind; zu den letzteren rechnet er den ususfructus traditus, und ſtellt die per tuitionem Praetoris den jure conſtituirten Servituten in Bezug der Wirkung der capitis deminutio ganz gleich. In der L. 25. §. 7. cit. ſtellt Ulpian in ähnlicher Weiſe servitutes jure legati den per traditionem vel stipulationem conſtituirten gegenüber, und behandelt beide Arten hinſichtlich des Erwerbs durch den Sclaven an dem der ususfructus beſtellt iſt ganz gleichmäßig. Julian endlich ſtellt in L. 3. cit. den ex causa fideicommissi tradirten dem legitime conſtituirten ususfructus gegenüber und beide inſofern gleich, daß der traditus ususfructus durch non usus in derſelben Zeit, wie ſie für den legitime conſtituirten feſtgeſetzt iſt, untergehen ſoll. Er motivirt dies dadurch, daß es ja ſinnlos wäre, dem der per traditionem den Uſusfructus erlangt hätte, mehr Rechte einzuräumen als dem, der ihn legitime erworben habe. Er gebraucht jedoch bei der Begründung nicht wieder dieſelben Ausdrücke, ſondern ſagt von dem, der per traditionem den Uſusfructus erlangt hat, er habe nur possessionem ususfructus, gegenüber dem, der ihn legitime beſtellt bekommen, dem er dominium ususfructus zuſchreibt. Es ſind dies offenbar nur bildliche Ausdrücke um die qualitative Verſchiedenheit der beiden Beſtellungsarten nach älterem Recht auszudrücken.[114])

114) Die Vertheidiger der Anſicht, daß Servituten nur durch Vertrag

Aus den angeführten Fragmenten steht fest, daß nach Justinianischem Recht Personal-Servituten, ebenso wie Eigenthum durch bloßen Vertrag mittelst nachfolgender Tradition der betreffenden Sache erworben werden können. Für die Tradition gelten, da keine besondere Bestimmungen getroffen sind, hier dieselben Regeln wie bei der Eigenthums-Uebertragung, nur daß stets an die Stelle der Absicht Eigenthum zu übertragen und zu erwerben, die Absicht ususfructus zu bestellen oder zu erwerben treten muß.

Diejenigen Rechtslehrer, welche behaupten, daß Servituten nach römischem Recht nudo pacto erworben werden können, beziehen die angeführten Stellen sämmtlich auf den Fall, wo jemand eine Servitut a non domino bestellt erhalten hat. Diese Beziehung wird jedoch in den citirten Stellen auch nicht im entferntesten angedeutet und ist somit ungegründet und willkührlich.

Eine andere Frage ist es, ob nicht neben dem Erwerb per traditionem von Seite des wahren Eigenthümers auch derjenige, der einen Usufructus bona fide a non domino per traditionem bestellt erhalten hat, analog dem Eigenthums-Erwerber a non domino durch die actio Publiciana zu schützen sei; da indessen unsere Quellen hierüber ganz schweigen, so ist anzunehmen, daß dies im römischen Recht nicht geschehen sei; indem, wie schon hervorgehoben wurde, Analogieen des Sachenrechts bei den Servituten nicht ohne weiteres statthaft sind, und sich überhaupt zeigt, daß keineswegs alle Vortheile des Sachenrechts auf die Servituten übertragen sind, letztere vielmehr in vielen Punkten zurückgesetzt werden.

---

mit nachfolgender Tradition erworben werden können, haben diese Aeußerung Julian's begierig aufgegriffen. Sie behaupten, daß, da hier dominium ususfructus, also auch überhaupt servitutis hingestellt werde, auch für den Servituten-Erwerb die L. 20. C. d. pactis (2, 3): traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur, Geltung habe. Auf die Hinfälligkeit dieser Art von Interpretation ist schon oben hingewiesen worden. — Rudorff greift ebenfalls diese Stelle auf und erklärt hieraus die L. ult. D. uti poss. (43, 17) auf die in Anm. 103 geschilderte Weise.

So findet sich namentlich eine Uebertragung der Ersitzung auf die Servituten überhaupt und auf die Personal-Servituten insbesondere nicht allein nicht ausgesprochen, sondern direct ausgeschlossen.

L. 4. §. 29. D. d. usurp. (41, 3) Paulus.

Eam sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat, sublata servitute.

L. 10. §. 5. D. d. acquir. rer. dom. (41, 1) Gaius.

Usufructuarius vero usucapere servum non potest; primum quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi: deinde, quoniam scit servum alienum esse.

Auch findet sich im Corpus Juris kein Rechtsinstitut für die Personal-Servituten, welches als Ersatz für die beim Eigenthum vorkommende Ersitzung aufgefaßt werden könnte.

Das Resultat nach Justinianischem Recht ist mithin: Personal-Servituten werden unter Lebenden erworben:

1) durch adjudicatio in judicio divisorio;
2) per pactiones et stipulationes, das heißt durch Formalvertrag;
3) auch ohne Formalvertrag durch nudum pactum, wenn zu diesem Tradition der Sache hinzukommt.

§. 13.

Actio confessoria und negatoria.

Wer auf eine der am Schluß des vorigen Paragraphen angegebenen Arten ein Nießbrauchsrecht erworben hat, hat zur Geltendmachung desselben eine actio confessoria mit der intentio: uti frui jus esse.[115]) Von dieser actio confessoria werden im Corpus Juris zwei Unterarten erwähnt: eine vindicatio[116]) und

115) L. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7, 6).
116) L 3. §. 14. D. de vi (43, 16).

eine actio Publiciana.[117]) Ueber die urſprüngliche Form der alten vindicatio, welche aus den civilen Beſtellungsformen der in jure cessio und mancipatio gegeben ſein muß, wiſſen wir nichts; eben ſo wenig iſt etwas über die aus der Beſtellung per pactiones et stipulationes entſpringende dingliche Klage, welche wahrſcheinlich eine vindicatio utilis war, bekannt. Endlich iſt auch über die Formulirung der actio confessoria Publiciana, welche aus der Beſtellung per traditionem entſtand, nichts überliefert; nur ſo viel ſteht feſt, daß ſie nicht analog der bei dem Eigenthum gegebenen actio Publiciana auf der Fiction der Uſucapion oder Erſitzung überhaupt beruhen konnte, da es ſeit der lex Scribonia weder eine usucapio noch überhaupt irgend eine Art der Erſitzung bei den Perſonal-Servituten nach römiſchem Rechte gab.[118]) Alle dieſe confeſſoriſchen Klagen, ſo ſehr ſie im alten Recht eſſentiell von einander verſchieden geweſen ſein mögen, ſind im juſtinianiſchen Recht der Wirkung nach unzweifelhaft gleich und nur formell von einander abweichend.

Mit der actio confessoria kann nur derjenige klagend auftreten, der an einer Sache, deren Eigenthümer er nicht iſt, den Nießbrauch beanſprucht. Der Eigenthümer der Sache, der an ſeinem im Eigenthumsrecht liegenden Nießbrauchsrecht verhindert wird, muß ſich der actio negatoria oder negativa bedienen mit der intentio: illi jus utendi fruendi non esse invito me.

L. 5. pr. D. si usufr. pet. (7, 6) Ulpian.

'Uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui

---

117) L. 11. §. 1. D. d. Public. in r. a. (6, 2).

118) Keller bemerkt in ſeinen Pand. §. 185. p. 364: „Auch muß für alle Fälle die Fiction eine andere als die der ordentlichen Publiciana geweſen ſein, da es ja eine Uſucapion der Servitut nicht gab", und fügt in Anm. 2 folgende vermuthungsweiſe aufgeſtellte Formel hinzu: „Ob die formula etwa ſo lautete: Quod jus eundi etc. A° a N^io traditum est, si jure constitutum esset, tum si A° jus eundi etc. esset, nisi restituat, q. e. r e. condemna, si n. p. a.?"

habet usumfructum: dominus autem fundi non potest: quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire: de suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videatur, quam alieno: quum invito se negat jus esse utendi fructuario, vel sibi jus esse prohibendi.

Beide Klagen, die actio confessoria und negatoria, sind actiones in rem, d. h. sie gehen gegen jeden Störer und Besitzer der Sache, so daß der Usufructuar die dem Grundstück zustehenden Servituten dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks gegenüber, der denselben zuwider handelt, dadurch geltend machen kann und muß, daß er von dem störenden Nachbar sein ganzes Nießbrauchsrecht vindicirt.

L. 5. §. 1. D. si usufr. pet. (7, 6) Ulpian.

Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat, an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. Et Julianus libro septimo Digestorum scribit, hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere: nam et si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutem, sed usumfructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.

Zweck und Ziel der actio confessoria ist Prästation von omnis causa, d. h. der Kläger kann die Herausgabe der Sache und der von derselben gezogenen Früchte oder einen entsprechenden Schadenersatz fordern, wobei jedoch zu bemerken, daß, wenn der Ususfructus post litem contestatam regelrechter Weise, z. B. durch Tod des Usufructuars, beendigt worden ist, von dem Usufructuar resp. dessen Erben nur Ersatz der Früchte für die Dauer des Bestehens des Ususfructus beansprucht werden kann. Hat der Kläger dagegen gegen einen der liti se obtulit gesiegt und

der Ususfructus ist, während ein Anderer die Sache in Händen hatte, durch Zeitablauf, d. h. durch non usus untergegangen, so muß der Ususfructus nicht nur erneuert, sondern auch Caution für den Evictionsfall geleistet werden. Eben so wie bei der actio confessoria ist auch bei der actio negatoria der Fruchtgenuß zu prästiren, vorausgesetzt natürlich, daß der confessorische Kläger sich nicht im Quasibesitze oder der negatorische im Besitze der Sache während des Rechtsstreits befunden hat. Es stehen nämlich im Gegensatz zu der Eigenthumsklage die actio confessoria und negatoria auch dem Quasibesitzer und Besitzer zu.

L. 5. §. 3. D. si ususfr. pet. (7, 6) Ulpian.

In his autem actionibus, quae de usufructu aguntur, etiam fructus venire, plus quam manifestum est. §. 4. Si post litem de usufructu contestatam fuerit finitus ususfructus, an ulterius fructus desinant deberi? et puto desinere: nam et si mortuus fuerit fructuarius, heredi ejus actionem praeteritorum dumtaxat fructuum dandam Pomponius libro quadragesimo scribit. Fructuario, qui vicit, omnis causa restituenda est: et ideo, si servi fuerit ususfructus legatus, quidquid ex re fructuarii vel ex operis suis consecutus est, possessor debebit restituere. §. 5. Sed et si forte tempore ususfructus amissus est, alio quidem possidente, alio autem se liti offerente, non sufficit, eum usumfructum iterum renovare: verum cavere quoque eum de evictione ususfructus oportet: quid enim, si servum aut fundum is, qui possidebat, pignori dedit, isque ab eo, qui pignori accepit, jure uti prohibetur? debebit itaque habere cautum. §. 6. Sicut fructuario in rem confessoriam agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur. Sed in omnibus ita demum, si non sit possessor, qui agat: nam et possessori competunt. Quod si pos-

sident nihil fructuum nomine consequentur. Quid ergo officium erit judicis, quam hoc, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam: proprietatis dominus ne inquietetur?

II. Prädial-Servituten.

1. Servitutes praediorum urbanorum.

a. Quae in patiendo consistunt.

§. 14.

Quasibesitz derselben.

Im Titel de servitutibus werden, nachdem in L. 1. h. t. alle Servituten zunächst in die beiden Hauptklassen servitutes personarum et rerum zerlegt, und die letzteren wieder in servitutes rusticorum praediorum et urbanorum getheilt sind, in L. 3. h. t. die servitutes praediorum noch auf eine andere Weise in zwei Unterabtheilungen geschieden.

Paulus sagt in der L. 3. cit.:

> Servitutes praediorum aliae in solo aliae in superficie consistunt.

Derselbe Paulus giebt uns über das Wesen der Servituten quae in superficie consistunt näheren Aufschluß in

L. 20. pr. D. d. serv. pr. urb. (8, 2)

> Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam, si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. Idem eveniet et si menianum in tuum immissum habuero, aut stillicidium in tuum projecero: quia in tuo aliquid utor, et si (c) quasi facto quodam possideo.

Hier werden als zu den servitutes, quae in superficie consistunt gehörend aufgezählt: die servitus tigni, meniani und stillicidii immittendi, also servitutes praediorum urbanorum, quae in patiendo consistunt. Von diesen Servituten wird gesagt, man behaupte sich bei ihnen possessione, d. h. durch Sachbesitz; wenn nämlich von meinem Gebäude aus in das Deinige ein Balken immittirt ist, so besitze ich dadurch, daß ich immittirt habe, durch Vermittelung des Balkens, die consuetudinem habendi. Eben so verhält es sich, wenn ich ein menianum oder stillicidium auf Deinen Grund und Boden projicirt habe, weil ich auf Deinem Grund und Boden oder in Deinem Luftraum etwas benutze und so durch eine bestimmte körperliche Verrichtung mich gewissermaßen im Besitz befinde. Ganz dieser Auffassung entsprechend sagt Julian in

L. 32. §. 1. in fine D. d. serv. pr. urb. (8, 2):

> Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint: sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

das Wesen der Urban-Servituten sei derartig, daß sie nicht besessen werden könnten: man fasse es aber so auf, daß der, welcher das Gebäude besitze, auch den Besitz der Servituten habe.

Als obersten Grundsatz sehen wir hier, wie bei den Personal-Servituten, den Satz hingestellt: Urban-Servituten quae in superficie consistunt können als res incorporales nicht besessen werden. Während aber die Personal-Servituten zu ihrer Ausübung stets das Detiniren einer einem Anderen zu Eigenthum gehörigen Sache erforderten, äußert sich die Ausübung der servitutes praediorum urbanorum, quae in superficie consistunt, dagegen dahin, daß man über dem Grund und Boden eines Anderen eine körperliche Vorrichtung anbringt, so daß man nichts von der einem Anderen gehörenden Sache ergreift, vielmehr nur verlangt, daß der Eigenthümer eines Grundstücks einen uns eigenthümlich gehörenden Gegenstand auf seinem Grund und Boden oder in seinem Luftraum befindlich dulde. Wie man nun denjenigen der

eine Sache nomine ususfructus unter den im Interdict uti possidetis bestimmten Voraussetzungen inne hatte, bei diesem factischen Innehaben gegen jede Art von Störung schützte, so gewährte man auch demjenigen, der Anstalten der oben angeführten Art an seinem Gebäude angebracht hatte, gegen Störung dieser Anstalten Schutz, indem man die Vorrichtungen der Natur der Sache gemäß nicht als etwas Selbstständiges, für sich Bestehendes, sondern als Qualification des Gebäudes auffaßte. Demnach kann im Fall einer wirklich vollzogenen widerrechtlichen, d. h. eigenmächtigen Störung der Ausübung dieser Servituten von der Anwendung des interdictum de vi keine Rede sein. Wer auf solche Weise gestört worden ist, kann den Damnificanten nur mit der actio legis Aquiliae belangen.

Ulpian sagt in L. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9, 2.)

> Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses, posse me tecum damni injuria agere, Proculus scribit: debuisti enim mecum, jus mihi non esse protectum habere, agere: nec esse aequum, damnum me pati recisis a te meis tignis. Aliud est dicendum ex rescripto Imperatoris Severi, qui ei, per cujus domum trajectus erat aquaeductus citra servitutem, rescripsit, jure suo posse eum intercidere: et merito: interest enim, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit.

Hier wird demjenigen, der einen Ueberbau über den Boden seines Nachbars, wenn auch ohne alles Recht dazu, angebracht hat, und dem dieser von dem Eigenthümer des Nachbargrundstücks gewaltsamer Weise zerstört worden ist, die actio legis Aquiliae gegen den Nachbar gegeben; während nach einem Rescript des Severus der Eigenthümer eines Hauses, durch welches über das bestellte Servitutrecht hinaus eine Wasserleitung gelegt worden ist, kraft eigener Machtvollkommenheit zur Zerstörung derselben befugt sein soll. Ulpian rechtfertigt diese Unterscheidung

dadurch, daß im ersten Fall, also bei den Servituten, um die es sich gegenwärtig handelt, die zerstörte Vorrichtung von dem Verfertiger von seinem Grund und Boden und seinem Eigenthum aus hergestellt worden ist; während sie im zweiten Fall ganz auf fremdem Grund und Boden errichtet würde.

Für den Fall der noch nicht vollzogenen Störung steht dem Servitutinhaber, da es sich um körperliche und zwar nicht selbstständige, sondern als Qualification einer anderen Sache sich darstellende Gegenstände handelt, ein besonderes dem interdictum uti possidetis nachgebildetes Interdict zu.

L. 3. §. 6. D. uti poss. (43, 17.)

An, quo facilius possim retinere possessionim ejus projectionis, interdico tecum, sicuti nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectus est.

Den allgemeinen Bestimmungen des interdictum uti possidetis gemäß wird man sich aber nur dann bei dem Beibehalten der bestimmten Vorrichtung behaupten können, wenn sie nec vi, nec clam, nec precario ab adversario hergestellt ist, da das Gegentheil in keiner Weise angedeutet wird, und überhaupt im römischen Rechtssystem eine vitiöse Ausübung eines Rechts ab adversario niemals durch Rechtsmittel geschützt wird. In der L. 3. §. 6. cit. wird, wie der Zusammenhang der Stelle ergiebt, das interdictum uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectus est, nur dem Eigenthümer des benutzten Grundstücks gegenüber besprochen, von einer Anwendung desselben anderen Personen gegenüber ist in dem ganzen Titel nicht die Rede. Dies erklärt sich aus der Natur der Sache, indem eine Störung in der Ausübung bei dem Wesen dieser Servituten fast nur durch den Eigenthümer des dienenden Grundstücks vorkommen kann und wird. —

Ueber die Frage, ob das interdictum uti possidetis mit denselben Folgen und Wirkungen wie bei dem Eigenthumsstreit, oder ähnlichen wie beim Usufructus auch dann zur Anwendung

kommt, wenn das Recht zum Innehaben einer positiven Urbanservitut in Frage gestellt wird, geben uns folgende Fragmente Auskunft:

L. 3. §. 5. D. uti poss. (43, 17) Ulpian.

Item videamus, si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Et est apud Cassium relatum, utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.

§. 6. eod.

Labeo quoque scribit, ex aedibus meis in aedes tuas projectum habeo: interdicis mecum, si eum locum possideamus, qui projecto tegetur: an, quo facilius possim retinere possessionem ejus projectionis, interdico tecum, sicuti nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectus est.

Ulpian führt zur Entscheidung der Frage die Ansichten von Cassius und Labeo an. Cassius sagt, wenn Jemand dem Nachbar das Recht bestreitet, einen Ueberbau über seinem Grund und Boden zu haben, so sei das interdictum uti possidetis dem einen gegenüber dem anderen ohne Nutzen; indem der eine sich im Besitz des Grund und Bodens der andere zugleich mit dem Gebäude im Besitz der superficies befinde.

Labeo äußert sich folgendermaßen: Ich habe von meinem Hause auf Dein Gebäude einen Ueberbau: Du leitest gegen mich ein Interdictverfahren ein über den Besitz des Orts, welcher durch den Ueberbau bedeckt ist: nun damit ich um so leichter mir den Besitz jenes Ueberbaues erhalte, erhebe ich ein Interdictenverfahren gegen Dich über den Besitz des Hauses, von dem aus der Ueberbau gemacht ist.

Beide, Cassius sowohl wie Labeo, erklären sich also dahin, daß bei Entstehung eines Streites über das Recht eines Ueberbaues zwischen zwei Nachbarn das interdictum

uti possidetis zur Einleitung des Rechtsstreits unbrauchbar sei.[119])

119) Rudorff (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. XI. No. 10.) glaubt in den beiden citirten Stellen eine Controverse zwischen Cassius und Labeo zu finden. Diese Auffassung scheint mir nicht gerechtfertigt und wird auch durch den Wortlaut in keiner Weise unterstützt, indem der Beginn des §. 6. „Labeo quoque scribit" doch in der That nicht auf etwas dem in §. 5. Aufgeführten Widersprechendes hinweist, was Vangerow schon in seinen Pandecten §. 355. p. 783 gegen Rudorff geltend macht, obwohl er sonst ebenfalls die Stelle mißverstanden hat. Rudorff sagt a. a. O. p. 350: „Ueber die Anwendung des Interdicts auf positive Servituten ist vorzüglich Folgendes zu bemerken. L. 3. §§. 5 — 7. U. P. Die Frage ist also, ob wegen eines Ueberbaues das Interdict begründet sei? Cassius führt Autoritäten an, welche behaupten, keiner von beiden Nachbarn könne deshalb mit Erfolg interdiciren: der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht, weil ihm der Besitz des überbauten Theils nicht bestritten werde, der des herrschenden nicht, weil der Andere den Besitz dieses Hauses und des Ueberbaues nicht anspreche. — Labeo lehrt zwar auch (das einschränkende „zwar" ist von Rudorff hinzugesetzt, im Text entspricht demselben kein Wort): Im Interdict uti possidetis eum locum, qui projecto tegitur, mit anderen Worten im Interdicte wegen des Besitzes des dienenden Grundstücks würde eigentlich der Eigenthümer dieses letzteren gewinnen müssen. Allein der Eigenthümer des herrschenden könne den Besitz seines Ausbaues geltend machen, entweder durch einen Vorbehalt in jenem Interdict, oder noch sicherer durch das Interdict uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectio est, das heißt durch das Interdict wegen des herrschenden Grundstücks. Auf jedem dieser Wege werde er gewinnen. . . . Man sieht, Cassius betrachtet das Interdict als eine controversia possessionis, Labeo als eine obligatio ex maleficio! — Unsere Juristen merken entweder gar nicht, daß hier eine Controverse vorliegt, oder sie entscheiden sich für die Meinung des Cassius, obgleich diese augenscheinlich von Ulpian zurückgesetzt wird." — Zielonacki pflichtet Rudorff in Bezug auf das Vorhandensein einer Controverse bei, kommt aber zu dem entgegengesetzten Resultat. Er sagt in seinen krit. Erört. d. Servitutl. p. 251: „Wenn Rudorff behauptet, daß Ulpian die Meinung Labeo's billigt, so ist dies wohl unrichtig; denn daraus, daß Ulpian die Labeo'sche Meinung zuletzt anführt, läßt sich keine sichere Schlußfolgerung machen, wessen Ansicht er für besser hält. Der Sinn dieses Fragmentes ist folgender: Wenn ein Nachbar in dem Lichtraum einer fremden Sache ein projectum errichtet, so kann nach Cassius weder er noch derjenige, in dessen Luftraum das projectum hinüberragt, mit dem interdictum uti possidetis klagen, weil da alter solum, alter cum aedibus superficiem (gebaute Anstalt) possidet, die Fiction der controversia possessionis unmöglich ist. Labeo

Das Interdict uti possidetis ist für den Fall gegeben, wo zwei Personen über das Innehaben einer und derselben körperlichen Sache streiten. Ursprünglich nur dann zur Anwendung gebracht, wenn beide Parteien Eigenthümer der Sache zu sein behaupteten, wurde es, wie wir gesehen haben, auch dann gestattet, wenn sich die Parteien auf ein ihnen zustehendes Personal-Servitutrecht beriefen, da auch hier immer die beiderseitige Behauptung dahin ging, zum Innehaben derselben Sache berechtigt zu sein. Ganz anders ist das Sachverhältniß bei den positiven Urban-Servituten. Ihre Ausübung ist, wie gezeigt, nicht mit dem Besitz einer fremden Sache verbunden, sondern äußert sich in dem Anbringen einer eigenen Sache auf oder über fremdem Grund und Boden. Da nun der das Recht zum Ueberbau bestreitende Nachbar nicht den Ueberbau sondern den freien Besitz seines Grund und Bodens beansprucht, mithin jede der beiden streitenden Parteien eine andere Sache und jede ordnungsmäßiger Weise in Anspruch nimmt, kann das interdictum uti possidetis seiner geschilderten Natur nach hier in seiner zweiten Function, in der Bestimmung, wer während des Rechtsstreits als Besitzer und in Folge dessen als von der Beweislast befreit anzusehen sei,

---

dagegen ist der Meinung, daß Beide mit dem genannten Interdictum klagen können. Was denjenigen anbetrifft, über dessen solum das projectum hinüberhängt, so hat Labeo offenbar Recht, denn hier ist die Fiction einer controversia possessionis möglich, indem sein Gegner dadurch, daß er in dessen Luftraum baut, einen Eingriff in den Besitz seiner Sache wirklich thut, da derjenige, welcher die Sache hat, auch mit ein Besitzer des Lichtraums über der Sache senkrecht hinauf ist. Mit anderen Worten: hier hat Labeo Recht, weil Cassius Unrecht hat, wenn er sagt: alter solum, alter cum aedibus superficiem possidet. Der Gegner besitzt allerdings allein die superficies, d. h. den gebauten Balkon, das projectum, aber dadurch, daß er sie besitzt, stört er den Besitz des Lichtraums eines Anderen." — Rudorff und Zielonacki streiten nach meiner Ansicht über die Lösung einer eingebildeten, in der Wirklichkeit nicht vorhandenen Schwierigkeit. Nimmt man aber mit diesen ein Divergiren der Ansichten von Cassius und Labeo an, so stehen beide Ansichten als ganz gleichberechtigt da, und es ergiebt sich aus der Stelle selbst kein Vorzug der einen vor der anderen.

nicht zur Anwendung kommen. Es mußte hierüber vielmehr eine besondere Verordnung gegeben werden und diese findet sich in folgendem Fragment:

L. 8. §. 3. D. si serv. vind. (8, 5) Ulpian.

Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi aït: si vero non sint immissa, eum, qui negat.

Ueber die Bedeutung dieser Stelle findet sich von alter Zeit her unter den Rechtslehrern eine getheilte Ansicht. Die Einen fassen dieselbe so auf, daß hierin nur von der Besitzfrage, d. h. von der Berechtigung die zur Ausübung der Servitut nöthige Vorrichtung hergestellt zu haben, die Rede sei; so daß der Sinn der Stelle der wäre: wenn die Balken einmal immittirt seien, so habe der Servitutansprecher das Recht die Balken bis zur Entscheidung des Rechtsstreits in dieser Weise zu behalten, wenn sie jedoch noch nicht immittirt seien, dürfe er die Immission vor Entscheidung des Rechtspunkts nicht vornehmen.[120]) Ueber die Beweislast werde in dieser Stelle gar nichts gesagt, dieselbe regele sich vielmehr nach der allgemeinen Natur der actio negatoria als Eigenthumsklage dahin, daß der Servitutansprecher stets sein Servitutrecht beweisen müsse.

Die Anderen interpretiren die Stelle dahin: wenn der Balken bereits immittirt ist, so hat der Immittent einmal selbstverständlich das Recht zu verlangen, daß die Balken während des Rechtsstreits immittirt bleiben; zweitens aber ist er von aller Beweislast frei, und der Eigenthümer des Hauses, in welches der Balken immittirt ist, muß nachweisen, daß kein Recht zu dieser Immission vorhanden sei, wenn er die Beseitigung des immittirten Balkens erreichen will. Sind dagegen die Balken noch nicht

120) Vgl. Zielonacki, krit. Erört. d. Servitutl. p. 241. — Bangerow, Pand. §. 353. p. 773.

immittirt, so darf einmal wieder selbstverständlich die Immission derselben nicht vor der Entscheidung über das Recht dazu erfolgen, zweitens aber muß der Servitutansprecher sein Recht zur Immission nachweisen. Gegen die erstere und für die letztere Auffassung ist Folgendes geltend zu machen:

Einmal entspricht der Wortlaut der Stelle der ersteren Auffassung gar nicht. Possessoris partes sustinere oder der Ausdruck possessor überhaupt wird im Corpus Juris sonst niemals in der Bedeutung gebraucht, daß Jemand zum Innehaben einer Sache berechtigt sei aber zugleich das Recht zu diesem Innehaben nachweisen muß. Vielmehr hat der Ausdruck possessor stets den Sinn, daß Jemand während der Dauer des Rechtsstreits den Besitz der Sache behält und zugleich von jedem Nachweise des Rechtes zum Besitz befreit ist, so daß er die Sache behält, wenn der Gegner nicht ein Recht und zwar ein besseres Recht zum Innehaben der Sache nachweist, wenn sich auch im Verfahren herausstellt, daß er selbst gar kein Recht zum Besitz hat. Daß possessor diese Bedeutung beim Eigenthumsstreit hat, ist unzweifelhaft; wir finden den Ausdruck aber auch in demselben Sinne in L. 5. pr. D. si ususfr. pet. (7, 6) von dem Usufructuar gebraucht. Aus der L. 8. §. 3. cit. ergiebt sich nun in keiner Weise, daß possessoris partes sustinere hier nur die Berechtigung zum Beibehalten der Vorrichtung bezeichnen, die Befreiung von der Beweislast dagegen ausgeschlossen sein soll.

Die Rechtslehrer berufen sich zur Rechtfertigung ihrer Behauptung auch nicht auf das Fragment, sondern auf die allgemeine Natur der actio negatoria als Eigenthumsklage, aus welcher folge, daß der Eigenthümer, welcher sich als solcher erwiesen hat, kraft seines Eigenthums, welches die Präsumtion für die Freiheit dessen enthalte [121]), von jedem Servitutenansprecher ohne

121) Die so alte Controverse über die Beweislast bei der actio negatoria zeichnet sich vor allen anderen Streitfragen dadurch aus, daß bei ihrer Bearbeitung die Fragmente des Corpus Juris gar nicht oder nur sehr spär-

jede Rückſicht auf etwaigen vorhandenen Quaſibeſitz den Nachweis des Servitutrechts verlangen könne. Doch müſſen ſie ſelbſt zu-

---

lich in Betracht gezogen worden ſind. Diejenigen, welche bei Aufſtellung einer Theorie die Quellen als Grundlage nahmen, begingen außerdem noch den Fehler, daß ſie Beſtimmungen, die für einzelne Arten der Servituten gegeben waren, als allgemein geltend auffaßten und die hiervon abweichenden Sätze bei anderen Arten von Servituten ganz übergingen oder gewaltſam interpretirten. Meiſtens wurde jedoch die Streitfrage rein aus Principien des Naturrechts entſchieden. Hierbei ſpielte eine Hauptrolle die ſogenannte Präſumtion des freien Eigenthums. Man deducirte nämlich ſo: Die actio negatoria ſteht dem Eigenthümer des in Anſpruch genommenen Grundſtücks zu; hat dieſer ſein Eigenthumsrecht nachgewieſen, ſo hat er zugleich die Vermuthung der Freiheit ſeines Grundſtücks von der betreffenden Servitut für ſich, und der Servitutanſprecher muß ſtets, mag er ſich im Quaſibeſitz befinden oder nicht, ſein Recht nachweiſen, indem es ganz widerſinnig ſei, demjenigen, der das Eigenthumsrecht, d. h das volle und unbeſchränkte Recht über eine Sache, wie die Definition lautet, nachgewieſen, jemals noch den Beweis aufzuerlegen, daß ſein Grundſtück von einer Servitut frei ſei. — Das angewandte Verfahren würde, wenn es ſich um Begründung eines neuen Rechtsſyſtems handelte, richtig ſein, iſt aber total zu verwerfen, da es ſich um Wiederaufſtellung des Rechts eines untergegangenen Volkes handelt. Ganz abgeſehen aber hiervon iſt die vorſtehende Deduction durchaus unrichtig. Wenn man das Eigenthum als das volle und unbeſchränkte Recht über eine Sache definirt, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß dieſes Recht nur ſo weit reicht, als es nicht lege oder durch freiwilliges Abtreten des Eigenthümers ſelbſt oder ſeiner Rechtsvorgänger vermindert worden iſt. Wenn nun Jemand nec vi, nec clam, nec precario eine Servitut lange Zeit hindurch ausgeübt hat, und der Eigenthümer der benutzten Sache beſtreitet plötzlich das Recht zu dieſer Ausübung, ſo iſt es gewiß natürlicher und richtiger, wenn derjenige, der die Servitut bisher ausgeübt hat, ſeinen Rechtstitel nicht nachweiſen kann, anzunehmen, daß die Servitut urſprünglich rechtmäßig beſtellt worden ſei, indem doch ſonſt der Eigenthümer eben als unbeſchränkter Herr über die Sache ſich wohl ſchwerlich eine derartige Beſchränkung bis dahin würde haben gefallen laſſen. Es führt alſo das Weſen des Eigenthums als volles und unbeſchränktes Recht unter Umſtänden gerade die Vermuthung für eine ſtattgehabte Beſchränkung deſſelben herbei, wenn man die Sache vom rein natürlichen und vernunftgemäßen Standpunkt betrachtet. Daß die Römer dies erkannt und danach die Beſtimmungen für die Beweislaſt bei der actio negatoria getroffen haben, ergiebt ſich aus den einzelnen in dieſer Abhandlung interpretirten Stellen des Corpus Juris, die von der Beſtimmung der Beweislaſt reden.

geben, daß eine derartige allgemeine Bestimmung der Natur der actio negatoria und eine solche allgemeine Präsumtion der Freiheit des Eigenthums im Corpus Juris nirgends ausgesprochen wird; da nun über die Natur der actio negatoria im Allgemeinen nichts gesagt wird, so werden wir uns aus den bei den verschiedenen Arten der Servituten getroffenen speziellen Bestimmungen das allgemeine Princip der actio negatoria suchen müssen, doch ist es ganz verkehrt und vom richtigen Wege gewiß abführend, wenn man eine allgemeine Theorie, die sich in den Quellen nicht hingestellt findet, als geltend annimmt und nach dieser die zweifelhaften Stellen auf scheinbar sichere Weise interpretirt. Die Art und Weise, wie die Vertheidiger der Präsumtion der Freiheit des Eigenthums nach römischem Recht zu Werke gehen, wird aber dadurch unverantwortlich, daß in den Quellen das directe Gegentheil von dem, was sie behaupten, mit unzweifelhaft klaren Worten ausgesprochen wird. Ulpian sagt in

L. 1. §. 23. D. d. aq. et aq. pluv. arc. act. (39, 3).

. . . . sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex jure impositam servitutem videatur.

In dieser Stelle, welche bisher ganz unbegreiflicher Weise von Ersitzung der Servituten handelnd aufgefaßt worden ist, sagt Ulpian: in der That befolgen wir ja bei den Servituten dasselbe Princip, daß, sobald sich keine bestellte Servitut findet, der welcher eine solche lange Zeit weder gewaltsam, noch bittweise, noch heimlich ausgeübt hat, in Folge der langen Gewohnheit eine rechtmäßig bestellte Servitut inne gehabt zu haben scheint (vergl. §. 3.). Mit anderen Worten, hat Jemand eine Servitut lange fehlerlos ausgeübt, so präsumiren wir, wenn er sein Servitutrecht nicht nachweisen kann, die rechtmäßige Bestellung derselben.

Dieser Satz, welcher bei Gelegenheit eines Vergleichs zwischen den sogenannten Legal-Servituten und den Servituten im

eigentlichen Sinne des Worts hingestellt wird, bezieht sich nun zwar nicht auf alle Servituten, sondern nur auf einige Arten derselben, wie sich bei der Behandlung derselben ergeben wird, jedoch wird durch ihn jedenfalls die Behauptung widerlegt, daß nach römischem Recht das bewiesene Eigenthum stets die Vermuthung für die Freiheit desselben von allen dinglichen Rechten Anderer mit sich bringe. Es ist mithin die Interpretation der Stelle aus der oben angegebenen unrömischen Auffassung von dem Wesen der actio negatoria unstatthaft und muß auf andere Weise erfolgen.

Außer der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes possessor, die in der Stelle selbst auf keine ersichtliche Weise modificirt wird, läßt sich für die zweite Auffassung noch Folgendes geltend machen. Bei den Personal-Servituten, wie bereits ausgeführt, und bei den Rustical-Servituten, wie später gezeigt werden wird, werden bei dem Streit über die Rechtmäßigkeit der Servitut klar und bestimmt zwei Perioden unterschieden und für dieselben besondere Bestimmungen über das Ausüben der Servitut und die Beweislast getroffen: nämlich einmal für den Fall, daß der angebliche Eigenthümer der belasteten Sache sein Eigenthumsrecht noch nicht bewiesen, und zweitens nachdem dies geschehen. Bei den positiven Urban-Servituten wird eine Aenderung in dem Verfahren nach dem Beweise des Eigenthumes von Seite des Gegners gar nicht erwähnt. Betrachtet man nun die Auffassung des Wesens dieser Servituten, wie sie in L. 20. pr. D. d. serv. pr. urb. (8, 2) cit. geschildert wird, und die Formulirung des Interdicts zu ihrem Schutz in L. 3. §. 6. D ut poss. (43, 17) cit. zusammen mit dem Wortlaut unserer Stelle, so scheint es unzweifelhaft, daß die Römer, indem sie die Ausübung dieser Servituten als mit dem Besitz des betreffenden Hauses vollkommen verschmolzen und nur als eine Qualification des letzteren nahmen, ein dem Sachenrecht ganz analoges Beweisverfahren einführten, d. h. wenn Jemand sein Haus mit einer derartigen Vorrichtung interdictmäßig besaß, ihn in diesem Besitze schützten, bis der Gegner nachgewiesen hatte, daß er ein Recht hierzu nicht habe.

Endlich möchte bei der allerdings nicht ganz abzuleugnenden zweifelhaften Fassung der Stelle noch folgender Umstand für die Richtigkeit der hier vertheidigten Auffassung sprechen: Bei den Personal-Servituten fanden wir, daß das bewiesene Eigenthum an der Sache gewissermaßen die Präsumtion der Freiheit derselben von der Servitut mit sich brachte, indem der Inhaber nomine ususfructus die Sache herausgeben und sein Servitutrecht beweisen mußte. Dies entspricht auch ganz dem Wesen und der nur vorübergehenden Existenz dieser Rechte. Bei den negativen Urban-Servituten und den Rustical-Servituten werden wir nun zwar auch finden, daß der Servitutansprecher dem legitimirten Eigenthümer gegenüber stets sein Servitutrecht nachweisen muß, zugleich aber auch, daß beim Mangel einer Ersitzung derselben dem, der eine bestimmte Zeit hindurch auf gewisse Weise die Servitut ausgeübt hat, der Beweis des Titels erlassen wird. Wollte man nun unsere Stelle in der ersten oben angeführten Weise auffassen, so würde sich eine gar nicht zu erklärende und im Corpus Juris nicht hervorgehobene Zurücksetzung der positiven Urban-Servituten ergeben; während nämlich die Ersitzung bei diesen wie bei allen anderen Servituten ausgeschlossen ist, findet sich eine Begünstigung dessen, der lange Zeit hindurch die der Servitut entsprechende Vorrichtung interdictmäßig angebracht hatte, wie sie bei den negativen Urban-Servituten und Rustical-Servituten eben angegeben wurde, nicht besonders ausgesprochen.

Wie man aber auch die angeführte Stelle L. 8. §. 3. D. (8, 5) auffassen mag, so wird die daselbst ausgesprochene Begünstigung natürlich nur demjenigen zu Theil werden, der sich mit dem Interdict uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectus est schützen kann, d. h. der die Vorrichtung nec vi, nec clam, nec precario ab adversario besitzt.[122])

122) Einige Rechtslehrer bestreiten die Anwendung des interdictum uti possidetis auf die positiven Urban-Servituten überhaupt. Der neueste Vertheidiger dieser Ansicht, Vangerow, begründet sie in seinen Pandecten

Beſondere Erwerbsarten für dieſe Servituten.

§. 15.

Per traditionem.

Der im vorigen Paragraphen entwickelten Natur dieſer Servituten und der Art, wie ſich die Ausübung derſelben äußerlich darſtellt, gemäß kann bei ihnen von einer Tradition, wie wir ſie

---

§. 355. p. 780 ſig. folgendermaßen: „a) Wenn man von richtigen Begriffen über das interdictum uti possidetis ausgeht, ſo fällt es in die Augen, daß eine analoge Anwendung deſſelben bei Realſervituten nicht ſtatthaft iſt, denn der weſentliche Zweck jenes Interdictes, die Parteirolle für das Petitorium zu beſtimmen, fällt bei Servituten hinweg, da bei dieſen bekanntlich gar nicht der Beſitz über die Parteirolle entſcheidet. Aber auch abgeſehen hiervon erſcheint namentlich bei den servitutes urbanae eine richterliche Beſtimmung darüber: quis possessoris partes sustineat? als völlig überflüſſig, da ſich dieſe Frage ſchon durch rein äußerliche in die Augen fallende Merkmale in jedem einzelnen Falle von ſelbſt beantwortet, und ſo ergiebt es ſich z. B. ganz von ſelbſt, daß der, welcher eine serv. altius non tollendi oder tigni immittendi in Anſpruch nimmt, dann als possessor gilt, wenn wirklich nicht höher gebaut iſt, oder der Balken wirklich in der Mauer des Nachbars ruht. L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. si serv. vind. Zum bloßen Schutz dieſer possessio, alſo zur vorläufigen Fixirung des status quo bedarf es aber keines interdictum uti possidetis, ſondern hier ſtehen andere Mittel zu Gebote, wie namentlich operis novi nuntiatio und das interdictum quod vi aut clam.“ Der erſte Grund, daß der Beſitz über die Parteirolle nicht entſcheide, iſt als petitio principii einfach zu übergehen. Der zweite Grund, daß eine richterliche Beſtimmung über quis possessoris partes sustinere gar nicht nöthig ſei, da es in jedem einzelnen Falle in die Augen ſpringe, ſo daß wenn der Balken immittirt ſei, der Servitutanſprecher als possessor gelte, iſt ein ſo hinfälliger, daß eine Berufung auf dieſen von ſolcher Stelle her kaum zu begreifen iſt. Nach dieſem Grundſatz könnte man ſchlagend beweiſen, daß das ganze alte Interdict utrubi und das ſpätere uti possidetis bei beweglichen Sachen unnütz ſei; denn bei dieſen ſpringt es gewiß in die Augen, wer dieſelben in Händen hat. Bangerow ſcheint aber ganz vergeſſen zu haben, daß nach römiſchem Recht nicht ein jedes Innehaben als ſolches, ſondern nur das, welches nec vi, nec clam nec precario ab adversario entſtanden iſt, von rechtlichen Folgen begleitet iſt. Es wird daher nicht immer der Servitutanſprecher als possessor angeſehen werden, der den Balken bereits immittirt hat. Wenn Bangerow ferner meint, zur

bei den Perſonal-Servituten gefunden haben, nicht die Rede ſein. Nichtsdeſtoweniger findet ſich im Corpus Juris eine Conſtituirung dieſer Servituten per traditionem ausgeſprochen. Dies erklärt ſich folgendermaßen:

Es entſtand, ohne daß wir wiſſen wann und wo, ob zuerſt in Italien oder in den Provinzen, der Satz, daß eine Servitut auch ohne Formalvertrag dann als rechtsgültig beſtellt gelte, wenn der Eigenthümer mehrerer Grundſtücke eines verkauft und bei der Uebergabe deſſelben ein Dienſtbarkeitsverhältniß zwiſchen dem verkauften und den zurückbehaltenen Grundſtücken ausſpricht, während dagegen die Erwähnung bei dem der Uebergabe des Grundſtücks vorangehenden Kaufvertrage allein nicht im Stande iſt, dem einen

---

Fixirung des status quo reiche die operis novi nuntiatio und das interdictum quod vi aut clam hin, ſo iſt dies ebenfalls ein Irrthum. Durch die operis novi nuntiatio und das interdictum quod vi aut clam kann ſich wohl der Eigenthümer des in Anſpruch genommenen Grundſtücks bei dem status quo erhalten; es handelt ſich aber gerade darum, wie ſich der Servitutanſprecher den Beſitz der angebrachten Vorrichtung bewahren kann; hierzu kann einzig und allein das interdictum uti possidetis dienen. Nach dieſer verfehlten abſtracten Begründung fährt Vangerow a. a. O. p. 781 b) fort: „In der That iſt nun auch die Anwendbarkeit des interdictum uti possidetis bei Realſervituten, und namentlich bei den servitutes urbanae, durch kein Geſetz begründet.“ Er führt dann im weiteren Verlauf der Darſtellung eine ganze Reihe von Stellen auf, aus denen ſich ergeben ſoll, daß das interdictum uti possidetis bei servitutes urbanae nicht anwendbar ſei. Die citirten Stellen beziehen ſich jedoch alle nur auf negative Urban-Servituten, und Vangerow zieht ganz mit Unrecht aus dieſen auch einen Schluß auf die poſitiven Urban-Servituten. Ueber die oben interpretirte L. 3. §. 5. D. uti poss., in welcher eben die Anwendung des interdictum uti possidetis bei poſitiven Urban-Servituten erklärt wird, äußert er ſich a. a. O. p. 782 c) ganz kurz folgendermaßen: „Alſo weil hier über die Frage, quis possessor projectionis sit, gar kein Streit iſt, und keiner ſein kann, ſo kann auch nicht von einem interdictum uti possidetis, wobei doch eben nur dieſe Frage zur Entſcheidung kommen könnte, die Rede ſein.“ Ueber die L. 3. §. 6. D. uti poss. und namentlich über die wichtigen Worte: an, quo facilius possim retinere possessionem ejus projectionis, interdico tecum: sicuti nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectus est, läßt ſich Vangerow gar nicht aus.

der Grundstücke zu Gunsten des anderen eine Servitut aufzuerlegen. Ist die Erwähnung der Servitut bei der Uebergabe des Grundstücks nicht erfolgt, so entsteht kein dingliches Recht, sondern der Eigenthümer des verkauften Grundstücks hat nur eine persönliche Klage, nämlich die actio venditi oder condictio incerti gegen den Verkäufer auf Bestellung der Servitut, und umgekehrt.

L. 6. pr. D. comm. praed. (8, 4) Ulpian.
Si quis duas aedes habeat, et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae, quae non traduntur, servae sint his, quae traduntur: vel contra, ut traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes, an non.

L. 34. D. d. serv. praed. urb. (8, 2) Julian.
Et qui duas areas habet, alteram tradendo, servam alteri efficere potest.

L. 35. D. eod. Marcian.
Si binarum aedium dominus dixisset, eas, quas venderet, servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest. vel incertum condicere, ut servitus imponatur.

L. 3. D. comm. praed. (8, 4) Gaius.
Duorum praediorum dominus, si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium quod datur, serviat ei, quod ipse retinet, vel contra, jure imposita servitus intelligitur.

Wenn man aber Jemand einen Theil seines Hauses tradirt, so kann bei der Uebergabe desselben keine Servitut zu Gunsten des einen und auf Kosten des anderen Theiles constituirt werden, gemäß der allgemeinen Regel „per partes servitutes imponi non posse, sed neo adquiri“; dagegen wird eine solche Bestellung einer Servitut wieder gültig, wenn der verkaufte Theil des Hauses durch Aufführen von Mauern ein besonderes selbstständiges Gebäude wird.

L. 6. §. 1. D. comm. praed. (8, 4) Ulpian.

Si quis partem aedium tradet, vel partem fundi, non potest servitutem imponere, quia per partes servitus imponi non potest, sed nec adquiri. Plane si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi. sed fundus. Quod et in aedibus potest dici, si dominus, pariete medio aedificato, unam domum in duas diviserit, ut plerique faciunt; nam et hic pro duabus domibus accipi debet.

Wenn mehrere Personen zwei Grundstücke gemeinsam besitzen, so kann bei der Uebergabe eines derselben eben so gut, wie wenn die Grundstücke nur einer Person gehörten, ein Dienstbarkeitsverhältniß begründet werden; nur gehört natürlich, wie bei dem Erwerb des Eigenthums an einer mehreren Personen gemeinsamen Sache, die Uebergabe aller gemeinsamen Eigenthümer dazu. Es ist jedoch gleichgültig, ob diese Uebergabe von allen Theilhabern gleichzeitig oder hinter einander erfolgt, doch tritt die Servitut erst nach der Uebergabe des letzten Theilhabers in Kraft.

L. 6. §. 2. D. comm. praed. (8, 4) Ulpian).

Item, si duo homines binas aedes communes habeamus, simul tradendo idem efficere possumus, ac si ego solus proprias binas aedes haberem. Sed, et si separatim tradiderimus, idem fiet: sio tamen, ut novissima traditio efficiat etiam praecedentem traditionem efficacem.

Gehört aber das eine Grundstück Jemand allein, das andere demselben mit anderen Personen gemeinsam, so kann bei der Uebergabe eines dieser Grundstücke keinem zu Gunsten des anderen eine Servitut auferlegt werden.

L. 6. §. 3. D. comm. praed. (8, 4) Ulpian.

Si tamen alterae unius propriae sint aedes, alterae communes, neutris servitutem vel adquirere, vel

imponere me posse, Pomponius libro octavo ex Sabino scripsit.

In allen bisher aufgeführten Fällen muß jedoch die Dienstbarkeit, welche dem einen Gebäude zu Gunsten des anderen auferlegt werden soll, speziell angegeben werden; eine allgemeine Bestimmung, dienstbar zu sein, hat keine Wirkung.

L. 7. pr. D. comm. praed. (8, 4) Paulus.

In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, species servitutis exprimenda est: ne, si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit, quae servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat.

Bisher ist immer der Fall ins Auge gefaßt worden, wo ein Eigenthümer von mehreren Grundstücken nur eines derselben, veräußert, die anderen dagegen zurückbehält. Es ist nun die Frage, ob, wenn zwei Grundstücke, welche einer und derselben Person gehören, zugleich veräußert werden, vorausgesetzt natürlich jedes einem Anderen, bei der Tradition von dem bisherigen Eigenthümer ebenfalls dem einen zu Gunsten des anderen eine Servitut rechtsbeständig auferlegt werden kann. Wir finden hierüber im Corpus Juris zwei entgegengesetzte Entscheidungen, und zwar derartig aufgenommen, daß nicht ersichtlich ist, welcher nach justinianischem Rechte der Vorzug gegeben wird. Ulpian verneint die Möglichkeit einer derartigen Servitutbestellung, indem er sich auf den Satz beruft, daß Niemand eine Servitut für ein fremdes Grundstück erwerben oder demselben auflegen kann.

L. 6. pr. in fine D. comm. praed. (8, 4) Ulpian.

Duas autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris servas: quia neque adquirere alienis aedibus servitutem, neque imponere potest.

Pomponius dagegen erkennt die Möglichkeit einer solchen Bestellung an, indem er ausführt, daß zwar Niemand einem fremden Grundstück eine Servitut auflegen oder erwerben könne, in diesem Falle aber die Sache so anzusehen sei, daß der Eigen-

thümer bevor die Tradition vollendet sei, seinem eigenen Grundstück die Servitut auflege oder erwerbe.

L. 8. D. comm. praed. (8, 4) Pomponius.

Si cum duas haberem insulas, duobus eodem momento tradidero, videndum est, an servitus alterutris imposita valeat: quia alienis quidem aedibus, nec imponi, nec adquiri servitus potest: sed, ante traditionem peractam, suis magis adquirit, vel imponit is, qui tradit: ideoque valebit servitus.

In allen den hier angeführten Stellen, und, wie sich später bei den Rusticalservituten ergeben wird, in allen übrigen Stellen, wo von einem Erwerb der Prädialservituten per traditionem die Rede ist, wird mit keinem Worte angedeutet, daß es sich hier um den Schutz von Servituten handle, die Jemand bona fide von einem Nichteigenthümer erworben hat. Im Gegentheil wird zu wiederholten Malen ausdrücklich der wirkliche Eigenthümer als Besteller der Servitut genannt, indem es z. B. in L. 35. D. d. serv. pr. urb. (8, 2) cit. heißt: „si binarum aedium dominus dixisset etc.“ und in L. 3. D. comm. praed. (8, 4) cit.: „Duorum praediorum dominus“ und es wohl der gewaltsamsten Interpretation nicht gelingen möchte hieraus einen „non dominus“ zu machen. Da nun in L. 35. D. (8, 2) cit. ausdrücklich gesagt wird, daß wenn der Eigenthümer eines Grundstücks beim Kaufcontract ein bestimmtes Dienstbarkeitsverhältniß zwischen dem zu verkaufenden und dem, welches er zurückbehält, ausgemacht, dasselbe aber bei der Uebergabe des Grundstücks selbst nicht erwähnt hat, nicht ein dingliches, sondern nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß entsteht, so ist es bei der unzweifelhaften Klarheit der citirten Fragmente ebenso unverantwortlich wie unbegreiflich, daß die überwiegende Zahl der neueren Rechtslehrer einen Erwerb der Servituten nach römischem Recht nudo pacto annehmen, und behaupten kann, die in diesem Paragraphen behandelten Fragmente wären

ſämmtlich auf den Fall zu beziehen, wo Jemand eine Servitut bona fide a non domino beſtellt bekommen habe.[123])

Die Tradition, welche hier als Erwerbsmittel der Servituten hingeſtellt wird, bezieht ſich, wie wir geſehen haben, keineswegs auf die Servituten ſelbſt, ſondern auf die Grundſtücke, zwiſchen welchen ein Dienſtbarkeitsverhältniß entſtehen ſoll; indem das römiſche Recht überhaupt nur eine Tradition von körperlichen Sachen, keineswegs aber eine der unkörperlichen kennt. Es iſt dies von den Vertheidigern der anderen Anſicht, wonach Servituten nur durch formloſen Vertrag mit hinzutretender Tradition, natürlich der Servitut, entſtehen können, verkannt worden. Dies zeigt ſich auf eine ganz merkwürdige Weiſe bei dem neueſten Vertheidiger dieſer Anſicht, bei Vangerow. Derſelbe ſagt in ſeinen Pandecten §. 350. p. 759 Anm. 2:

„Wenn ich in der vorigen Anmerkung die Regel, daß Servituten nicht durch bloße Verträge, ſondern nur erſt durch quasi traditio conſtituirt werden können, zu begründen ſuchte, ſo ſind hier doch noch einige Modificationen dieſer Regel anzuführen: . . . . 2) Ohne quasi traditio kann eine Servitut auch dadurch begründet werden, daß ſich Jemand bei der Veräußerung einer Sache eine Servitut vorbehält."

Wir ſehen hier, daß ein Rechtslehrer die Begriffe des Corpus Juris geradezu umkehrt. Vangerow nimmt eine quasi

123) Selbſt Savigny gehört zu der Zahl dieſer Rechtslehrer. Derſelbe ſagt in ſeiner Lehre vom Beſitz §. 45. Anm. 1. p. 577: „Die pactiones et stipulationes — er ſpricht von L. 3. pr. D. d. usufr. — gehen nicht auf den Beſitz, ſondern auf das Recht ſelbſt, welches früherhin durch in jure cessio erworben wurde, im neueſten Recht aber durch bloßen Vertrag erworben wird. Jenes bezeugt Ulp. XIX. 11., dieſes §. 4. J. d. serv. praed., §. 1. J. de usufr." und a. a. O. §. 46. p. 602: „Wichtig aber iſt die Frage — nämlich wie der Beſitz einer negativen Urban-Servitut erworben wird — . . . c) für die Publiciana actio, die auch hier nur durch traditio entſteht, deren es aber nur da bedarf, wo die Servitut nicht von dem erweislichen Eigenthümer gegeben worden iſt. L. 11. §. 1. D. d. Publ. i. r. a."

traditio der Servituten an, welche das römische Recht gar nicht kennt, und stellt den einzigen Fall, wo nach römischem Recht per traditionem eine Servitut erworben wird, als Ausnahme hiervon hin.

§. 16.

Per patientiam.

Außer der im vorigen Paragraphen auseinandergesetzten Begründung einer Servitut bei Uebergabe eines Gebäudes finden wir noch eine andere Art des Erwerbes, nämlich per patientiam, welche der Wahrscheinlichkeit nach — Quellenaufschlüsse darüber fehlen gänzlich — später wie die erstere entstanden ist. Hatte nämlich ein Hauseigenthümer durch irgend ein Rechtsgeschäft, wie Kauf und dergleichen, ohne hinzutretende stipulatio von einem Andern eine Servitut erworben, so hatte er zur Geltendmachung derselben nur eine dem Rechtsgeschäft entsprechende actio in personam gegen den anderen Contrahenten auf rechtsgültige Bestellung der versprochenen Servitut. Wenn aber der andere Contrahent die zur Ausübung der versprochenen Servitut erforderlichen Vorrichtungen ohne Widerspruch von dem Käufer ꝛc. hatte herstellen lassen, so nahm man die Servitut als rechtmäßig bestellt an und gab zu ihrer Verfolgung eine actio in rem, und zwar dieselbe wie bei der Bestellung per traditionem.

L. 16. D. si serv. vind. (8, 5) Julian.

Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meïs in aedes tuas stillicidium immittere, et postea, te sciente, ex causa emtionis immissum habeam, quaero, an ex hac causa, actione quadam vel exceptione tuendus sim? Respondi, utroque auxilio me usurum. [124])

---

124) Elvers sagt in seiner Servitutl. p. 667 über diese Stelle: „Dagegen vertheidigt Julian, der sich selbst den Schüler Javolen's nennt, wie-

L. 11. §. 1. D. d. Publ. in rem. act. (6, 2) Ulpian. . . . . Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam, forte si per domum quis suam [125]) passus est aquaeductum transduci (scilicet Publiciana datur).

---

berholt die Ansicht dieses seines Lehrers, indem er in L. 16. D. si serv. vind. Klagen und Einreden entstehen lassen will, wenn Jemand ein Kaufgeschäft über eine Servitut abgeschlossen und nachher unter Mitwissen des Verkäufers ex causa emtionis die Servitut geübt hat — also die Servitut tradirt erhalten hat." Der in den letzten Worten enthaltene Schluß, daß hier eine Tradition der Servitut vorliege, ist durchaus falsch. Es wird weder in dieser Stelle noch sonst irgendwo in den Pandecten die patiente domino erfolgte Ausübung einer Prädialservitut mit traditio, sondern vielmehr stets mit patientia bezeichnet. Traditio bezeichnet bei Prädialservituten die im §. 15. behandelte Art der Bestellung. Es ist also einmal die Anwendung des Ausdrucks traditio hier gegen die im Corpus Juris gebräuchliche Terminologie. Wenn es sich hier lediglich um die Ausdrücke handelte, so könnte die hier angeregte Berichtigung als ein leerer Wortstreit erscheinen. Dem ist aber nicht so; indem man die patiente domino erfolgte Ausübung einer Servitut mit dem Ausdruck traditio bezeichnete, veränderte ja vernichtete man zugleich den Begriff der patientia. Man übertrug nämlich ohne Weiteres die ganze Lehre der Tradition bei körperlichen Sachen mit ihren Requisiten auf die Servituten, nahm bei diesen, da ja bei der Eigenthums-Uebertragung auch nicht stets das wirkliche sinnliche Erfassen einer Sache erfordert wird, entsprechend die Möglichkeit einer Servitutenbestellung ohne nachfolgende Ausübung an, und stürzte so durch das Anwenden eines falschen Ausdrucks in Verbindung mit dem beliebten aber ganz ungerechtfertigten Mittel der Analogie das wirkliche Wesen der Sache geradezu um. Bei den negativen Urban-Servituten und Rustical-Servituten soll dies noch genauer gezeigt werden; vgl. Anm. 158.

125) Hasse bemerkt im Rhein. Mus. Bd. I. p. 114 richtig zu dieser Stelle: „Gegen die Behauptung, daß die Tradition auf bonae fidei possessio schon ursprünglich beschränkt gewesen sei, hat schon Du Roi, wie mich dünkt, sehr richtig L. 11. §. 1. D. d. P. i. r. a. angeführt. Denn wäre jene Behauptung wahr, so hätte Ulpian gewiß statt domum suam gesagt: per domum, quam bona fide possidebat." Doch scheut sich Hasse nicht für das Justinianische Recht ebenfalls den oben aufgeführten Stellen gegenüber, wo der dominus als Besteller, und zwar als Trabent genannt wird, Erwerb der Servituten nudo pacto anzunehmen, und die Tradition nur auf den Fall der bonae fidei possessio zu beziehen.

Eine Erſitzung dieſer Servituten wird in folgenden Fragmenten ausgeſchloſſen:

L. 4. §. 29. D. d. usurp. (41, 3) Paulus.
Eam sustulit usucapionem lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat, sublata servitute.

L. 14. pr. D. d. serv. (8, 1) Paulus.
Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur: . . . Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.

Die ſogenannten poſitiven Urban-Servituten können mithin auf folgende Weiſe erworben werden:

1) Per adjudicationem in judicio divisorio.
2) Per pactiones et stipulationes, d. h. durch Formalvertrag.
3) Per traditionem, d. h. bei der Uebergabe eines Gebäudes unter den oben angegebenen Bedingungen.
4) Per patientiam, d. h. wenn die dem pactum nudum entſprechende Vorrichtung ohne Widerſpruch, patiente domino, ausgeführt worden iſt.

b. Quae in non faciendo consistunt.

§. 17.

Quaſibeſitz derſelben.

In L. 15. §. 1. D. d. serv. (8, 1) findet ſich eine Eintheilung ſämmtlicher Servituten in Beziehung auf ihren Inhalt. Pomponius ſagt daſelbſt:

natura servitutum ea est, ut aliquid patiatur quis, aut non faciat.

Bei denen, die in patiendo beſtehen, ſteht dem patiens beſchränkten Eigenthümers ſtets ein facere oder habere des Be-

rechtigten gegenüber, welches, wenn es zur Ausführung kommt, eine äußerlich sichtbare Veränderung in der Sachlage hervorbringt. Bei denen, die in non faciendo bestehen, ist eine positive Berechtigung des Servitut-Inhabers nicht vorhanden, vielmehr besteht das erworbene Recht darin, verlangen zu können, daß ein bestehender Zustand durch Vornahme von Handlungen von Seite des beschränkten Eigenthümers nicht verändert werde. Es wird sich daher, wenn diese Servituten vollständig zur Wirksamkeit gelangen, keine äußerlich sichtbare Veränderung des Sachverhältnisses zeigen. Wie nun bei den servitutes quae in patiendo consistunt, die wir bisher betrachtet haben, der Berechtigte bei der Ausübung seiner Servitut durch Interdicte gegen Störungen geschützt war, so finden wir, daß auch bei den negativen Urban-Servituten der Berechtigte Handlungen des Verpflichteten, welche gegen das Servitutrecht verstoßen, durch Rechtsmittel verhindern kann. Zu dem Zweck ist nach dem geschilderten Wesen der negativen Urban-Servituten das interdictum uti possidetis selbstverständlich nicht anwendbar. Der quellenmäßige Beweis liegt darin, daß die Anwendung des Interdicts zum Schutz der negativen Urban-Servituten im Corpus Juris nicht ausgesprochen wird, indem schon im Anfange dieses Kapitels darauf aufmerksam gemacht wurde, daß eine analoge Ausdehnung der für die körperlichen Sachen getroffenen Bestimmungen auf die Servituten als unkörperliche Sachen nicht beliebig, sondern nur auf ausdrücklichen Quellenausspruch hin stattfinden darf.[126]) Außerdem geht die Ausschließung des interdictum uti possidetis indirect hervor aus

L. 5. §. 10. D. d. oper. nov. nunt. (39, 1) Ulpian.
Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere vel projicere

126) Savigny hat sich auch hier verirrt, indem er das interdictum uti possidetis als Schutzmittel für negative Urban-Servituten hinstellt. Seine Ansicht ist bereits von Rudorff (Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. XI. No. 10. p. 352) und Zielonacki (krit. Erört. der Servitutl. p. 246) hinreichend widerlegt.

vult: melius esse, eum per Praetorem, vel per manum, id est, lapilli jactum prohibere, quam operis novi nuntiatione. Ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. Aut si in suo quid faciat, quod nobis noceat: tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum: quod vi aut clam, aut uti possidetis, uti.

Ulpian sagt in diesem Fragment, es sei rathsam, in den Fällen, wo Jemand auf unserem Grund und Boden Handlungen vornimmt, die ihm nicht zukommen, gegen denselben andere Rechtsmittel als die operis novi nuntiatio anzuwenden, wegen der ungünstigen Lage des Nuntianten, die wir gleich näher betrachten werden; setze der Störende diese Handlungen fort, so sei es am besten, das interdictum quod vi aut clam oder uti possidetis gegen ihn anzustellen. Nehme aber Jemand auf seinem eigenen Grund und Boden Handlungen vor, die uns nachtheilig wären, so bleibe nichts übrig, als die operis novi nuntiatio anzuwenden. Außer diesem Fragment findet sich im Corpus Juris noch folgendes, in dem die operis novi nuntiatio als Schutzmittel gegen die Störung einer negativen Urban-Servitut, der servitus ne luminibus officiatur, hingestellt wird:

L. 15. D. d. serv. praed. urb. (8, 2) Ulpian.

. . . . quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur; opusque ei novum nuntiari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat.

Das Wesen und die Wirkung dieser operis novi nuntiatio besteht in Folgendem:

Jeder Eigenthümer — wir betrachten hier natürlich nur die Anwendung der operis novi nuntiatio bei Vornahme von Handlungen auf Privatgrundstücken — kann, wenn sein Nachbar bauliche Veränderungen vornimmt, die seiner Meinung nach ihm zu-

ſtehende Rechte verletzen, dagegen Widerſpruch erheben. Dieſer Einſpruch muß, wenn er rechtliche Folgen haben ſoll, an dem Ort der nachtheiligen Unternehmung ſelbſt oder bei dem Prätor vorgebracht werden. Sind dieſe Bedingungen jedoch erfüllt, ſo iſt der Nuntiat verpflichtet, den Bau ſofort zu unterbrechen und darf denſelben ohne Gefahr nur in folgenden Fällen fortſetzen:

Erſtens iſt der Nuntiat berechtigt, von dem Nuntianten die Ableiſtung des jusjurandum calumniae zu fordern, bei deren Verweigerung die operis novi nuntiatio als remittirt angeſehen wird. Ferner kann der Nuntiat den Bau fortſetzen, wenn er Caution für den dem Nuntianten etwa erwachſenden Nachtheil beſtellt oder ſich zu der Beſtellung derſelben bereit erklärt hat, die letztere aber durch den Nuntianten ſelbſt verhindert worden iſt. Will oder kann der Nuntiat keine Caution beſtellen, ſo muß er ſich an den Prätor um Hülfe wenden. Dieſer giebt dem Nuntianten auf, ſein Recht zu der nuntiatio nachzuweiſen, verbietet aber bis zur Entſcheidung des Rechtspunktes dem Nuntiaten die Fortführung des Baues. Die Unterſuchung des Rechtspunktes iſt jedoch eine ſummariſche, ſo daß, wenn ſchließlich die nuntiatio vom Prätor als unbegründet remittirt wird, dem Nuntianten noch die Anſtellung der actio confessoria vorbehalten bleibt.[127]) Setzt nun der Nuntiat nach ordentlicher Weiſe erfolgter nuntiatio und ohne daß dieſelbe, wie in den oben aufgeführten Fällen, für remittirt anzuſehen iſt, den Bau fort, ſo iſt der Nuntiant berechtigt, die Zerſtörung alles deſſen, was ſeit der geſchehenen nuntiatio hergerichtet worden iſt, ſofort und ohne alle Rückſicht auf ein ihm wirklich zuſtehendes Recht zu fordern. Zu dieſem Zweck hat er zwei Interdicte; nämlich einmal ein beſonderes interdictum restitutorium folgendermaßen lautend:

L. 20. pr. D. d. oper. nov. nunt. (39, 1) Ulpian.

Praetor aït, quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur: quod in eo loco,

127) L. 19. D. d. oper. nov. nunt. (39, 1).

antequam nuntiatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est: id restituas.

ſodann das interdictum quod vi aut clam:

L. 7. §. 2. D. quod vi aut clam (43, 24) Ulpian.

Ait Julianus, qui ante remissionem nuntiationis, contra quam prohibitus fuerit, opus fecerit, duobus interdictis tenebitur: uno, quod ex operis novi nuntiatione competit: altero, quod vi aut clam. Remissione autem facta intelligendus non erit, vi aut clam facere, quamvis prohibeatur: licere enim debet aedificare ei, qui satisdederit, cum possessor hoc ipso constituatur: clamque facere, nec ante remissionem nec postea existimandus est: cum is, qui opus novum nuntiat, non possit videri celatus, et praeoccupatus, antequam controversiam faceret.

Bei dieſen beiden Interdicten kommt es, der Natur der Interdicte überhaupt gemäß, bei denen de facto non de jure — einzelne wie quo ex castello ausgenommen — entſchieden wird, nicht darauf an, ob der Nuntiant zur nuntiatio berechtigt war oder nicht, das heißt für unſere Frage hier, ob ein Servitutrecht des Nuntianten begründet war oder nicht.

L. 20. §. 1. D. d. oper. nov. nunt. (39, 1) Ulpian.

Interdictum hoc proponitur ex hujusmodi causis. Edicto expressum est, ne post operis novi nuntiationem quidquam operis fiat, antequam vel nuntiatio missa fiat, vel vice nuntiationis missae satisdatio de opere restituendo fuerit interposita. Qui igitur facit etsi jus faciendi habuit, tamen contra interdictum Praetoris facere videtur: et ideo hoc destruere cogitur.

Es ergiebt ſich hieraus, daß derjenige, der eine negative Urbanſervitut erworben hat oder erworben zu haben glaubt, ſich gegen Verletzung derſelben ſchützen kann. Freilich iſt dieſer Schutz weſentlich verſchieden von dem, den wir bisher für die Ausübung

der Servituten gefunden haben. Bei den Personalservituten und positiven Urbanservituten gab es einen directen Interdictschutz, indem der Prätor die qualificirte Ausübung ohne jede Rücksicht auf das Recht dazu schützte und die Beantragung des Actionsverfahrens von den Parteien erwartete. Hier haben wir ein außergerichtliches Verbot, welches ein Interdict-Verfahren begründet, welches letztere jedoch wieder durch eine außergerichtliche Sicherstellung des Nuntianten suspendirt werden kann. Wendet sich dagegen der Nuntiant selbst oder der Nuntiat, der keine Sicherstellung geben kann oder will, an den Prätor, so verbietet dieser zwar die Störung des Nuntianten, jedoch nur so lange bis er über den Rechtspunkt, den er sofort ex officio, wenn auch nur summarisch, prüft, entschieden hat. Immerhin aber finden wir, wenn auch noch so beschränkt einen Schutz des einer bestellten oder vermeintlich erworbenen Servitut entsprechenden Zustandes abgesehen von jeder wirklichen Berechtigung, und deshalb wird mit vollem Recht im Corpus Juris von einer possessio dieser Servituten gesprochen. Es heißt in

L. 6. §. 1. D. si serv. vind. (8, 5) Ulpian.

> . . . . et, si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam, cum nihil sit innovatum, ille possidet, et aedificantem me prohibere potest, et civili actione, et interdicto quod vi aut clam. Idem et si lapilli jactu impedierit. Sed et si patiente eo, aedificavero, ego possessor ero effectus.

Da nun diese Servituten wie im Anfange dieses Paragraphen hervorgehoben wurde, wenn sie zur Ausübung und Wirksamkeit gelangen eine äußerlich sichtbare Veränderung nicht hervorbringen, vielmehr die genannten Mittel zur ferneren Erhaltung des schon früher ohne Servitutrecht bestehenden Zustandes dienen, so fällt bei dieser Art von Servituten, im Gegensatz zu allen anderen, der Besitz des Rechts und der Quasibesitz stets zusammen; während bei den Personalservituten und positiven Urbanservituten,

wie bereits gezeigt, und auch bei den Rusticalservituten, wie sich später ergeben wird, keineswegs derjenige, der ein Servitutrecht erworben hat, sich auch immer sogleich im Quasibesitz desselben befindet.

Es ist mithin die alte von Savigny[128]) und allen späteren Rechtslehrern[129]) verworfene Ansicht: daß das bloße Nichtthun des Gegners schon den Besitz der negativen Urbanservitut verschaffe, gerade die richtige. Diese richtige Auffassung des Quasibesitzes der negativen Urbanservituten ist lediglich durch die falsche Annahme der Servituten-Ersitzung verworfen worden. Allerdings war es unmöglich, daß überhaupt in einem Rechtssystem, und namentlich im römischen, ein derartiger Quasibesitz wie der geschilderte eine Ersitzung des Rechts begründen konnte. Anstatt aber die Frage, ob denn eine Ersitzung der Servituten nach römischem Recht bestehe, zu prüfen, wozu auch hier wieder die dringendste Veranlassung gegeben wurde, bemühten sich die Rechtslehrer für diese eingebildete Ersitzung einen der natürlichen Vernunft entsprechenden Quasibesitz aufzustellen. So finden wir denn, daß die meisten neueren Rechtslehrer nach Savigny[130])

---

128) Savigny, Lehre v. Bes. p 46.

129) So sagt z. B. Elvers in seiner Servitutl. p. 680: „Dieser Zustand ist aber meistentheils da vorhanden, wo die Frage entsteht, ob eine negative Servitut besessen werde, und deshalb ist das Requisit der äußeren Erscheinung der Herrschaft schon eben dadurch völlig beschafft. Daraus haben manche nun gefolgert, der Quasibesitz an solchen Servituten sei überall vorhanden, wo die entgegenstehenden positiven Handlungen nicht vorgenommen würden, und damit haben sie jedem Grundbesitzer den Quasibesitz von unzähligen negativen Servituten an den benachbarten Grundstücken zugesprochen, was denn auch zu einer Ersitzung aller dieser Servituten führen müßte."

130) Savigny, Lehre v. Bes. §. 46. p. 602: „Ein Fall des Besitzerwerbes ist hier unbestritten, wenn nämlich das der Servitut entgegengesetzte Handeln versucht, aber verhindert wird, sei es durch bloßen Einspruch des Gegners, durch Gewalt oder durch richterliches Verbot. L. 15. D. d. oper. nov. nunt., L. 45. D. d. damn. inf." und a. a. O. p. 605: „Hieraus ergiebt sich, daß der Besitz der negativen Servituten überhaupt auf zweierlei Weise erworben wird, durch Einspruch und durch einen Rechtstitel, d. h. 1) dadurch, daß die entgegengesetzte Handlung versucht und verhindert wird;

dann Quaſibeſitz der negativen Urbanſervituten annehmen, wenn einmal das Recht zu einer ſolchen wirklich erworben iſt, und zweitens, wenn die der Servitut widerſtreitende Handlung von dem Eigenthümer des vermeintlich dienſtbaren Grundſtücks verſucht auf Einſpruch des Servitutanſprechers aber unterlaſſen worden iſt. Der erſte Fall, für den die Rechtslehrer ſehr begreiflicher Weiſe nicht eine einzige Stelle mit einiger Wahrſcheinlichkeit als Beweis anführen können, iſt ein Widerſpruch in ſich ſelbſt. Da der Quaſibeſitz als ſolcher wie der Beſitz in gar keiner Beziehung zum Rechte ſtehen darf, ſo iſt es ganz und gar verfehlt, einen Quaſibeſitz von dem Beſtehen des Rechts abhängig zu machen. Für den zweiten Fall pflegt man ſich auf zwei Fragmente zu berufen. Erſtens auf

L. 15. D. d. oper. nov. nunt. (39, 1) Africanus.

Si priusquam aedificatum esset, ageretur, jus vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur: partes judicis non alias futuras fuisse aït, quam ut eum, cum quo ageretur cavere juberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, jus sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente, similiter, inquit, officio judicis continebitur, ut cavere adversarium juberet, nec opus novum se nuntiaturum, nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse haberet; id enim esse, petitoris partes sustinere.

zweitens auf

L. 45. D. d. damn. inf. (39, 2) Scaevola.

Aedificatum habes; ago, tibi jus non esse habere,

---

2) durch jede juriſtiſche Handlung, welche ihrer Form nach das Recht der Servitut übertragen kann, mag ſie es nun in dem gegebenen Falle wirklich übertragen oder nicht.

non defendis; ad me possessio transferenda est, non quidem ut protinus destruatur opus, — iniquum enim est, demolitionem protinus fieri —, sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris, jus tibi esse aedificatum habere.

Beide Stellen enthalten gerade das Gegentheil von dem, was die Rechtslehrer darin zu finden glauben. Während dieſe den allgemeinen Begriff des Quaſibeſitzes hierin behandelt zu finden glauben, iſt in beiden Fragmenten nur davon die Rede, wie ſich die Sache für den Fall verhält, daß ſich der Servitutanſprecher oder der Eigenthümer des in Anſpruch genommenen Grundſtücks gegen eine angeſtellte Klage nicht gehörig defendirt. Beide Stellen handeln von der servitus altius non tollendi. In der L. 15. cit. wird vorausgeſetzt, daß der gegen eine behauptete Servitut verſtoßende Bau noch nicht ausgeführt wird. Ulpian unterſcheidet hier zwei Fälle.

1) Es wird Jemandem im Wege der Klage das Recht beſtritten, ſein Haus höher bauen zu dürfen und der Verklagte defendirt ſich nicht. In dieſem Falle werde der Verklagte von dem Richter zur Beſtellung einer Caution angehalten, nicht eher bauen zu wollen, als bis er ſelbſt aus freien Stücken die Klage angeſtellt und nachgewieſen habe, daß er ein Recht zum Höherbauen habe. Während alſo ſonſt der Eigenthümer eines Gebäudes daſſelbe ohne weiteres höher bauen kann und nur im Falle einer operis novi nuntiatio von Seite eines Nachbars, dem der Beweis ſeiner Berechtigung zu der nuntiatio obliegt, zur Beſtellung einer Caution verpflichtet iſt, wenn er ſogleich den Bau fortſetzen will, muß er jetzt, da er ſich nicht defendirt hat, Caution beſtellen, nicht eher bauen zu wollen, bis die Sache zur gerichtlichen Entſcheidung gekommen iſt und zweitens jetzt ſelbſt als Kläger auftreten und nachweiſen, daß er ein Recht habe höher zu bauen, alſo die Beweislaſt übernehmen.

2) Es klagt Jemand gegen seinen Nachbar, der ihn verhindern will sein Haus höher zu bauen, behauptet hierzu berechtigt zu sein und der Verklagte defendirt sich nicht. In diesem Falle werde der Verklagte durch den Richter angehalten, eine Caution zu bestellen, dem Kläger gegenüber von der operis novi nuntiatio keinen Gebrauch zu machen und der Fortführung des Baues nicht gewaltsam entgegen zu treten. Der Verklagte, welcher sonst das Recht hat den Kläger durch operis novi nuntiatio am Bauen zu hindern, verliert dies Recht und es bleibt ihm mithin kein anderes Mittel sich zu schützen, als klagend gegen den ursprünglichen Kläger aufzutreten, wobei von einem Nachtheil in Bezug auf die Beweislast deshalb nicht die Rede sein kann, weil diese ihm ohnehin schon ganz zugefallen wäre.

In L. 45. cit. wird angenommen, daß der schädliche Bau bereits ausgeführt ist. Defendirt sich der Eigenthümer gegen die Klage des Servitutansprechers nicht, so wird, sagt Scaevola, der Kläger in den Besitz des Gebäudes gesetzt mit der Berechtigung dasselbe wieder zu zerstören, wenn der Verklagte nicht binnen einer gewissen Zeit die Berechtigung zu einem solchen Bau nachweist.

Somit wird in der L. 15. cit. dem Servitutansprecher, wenn sein Gegner sich nicht defendirt, ein größerer Rechtsvortheil gewährt als dem Quasibesitz an sich zukommt, dagegen wenn er sich selbst gegen eine erhobene Klage nicht defendirt, der Vortheil des Quasibesitzes entzogen; nach der L. 45. cit. aber, wenn der Servitutansprecher, der den Quasibesitz verloren, sein Recht klagend geltend macht und sein Gegner sich nicht defendirt, der dem Quasibesitz entsprechende Zustand wieder hergestellt.

Da wie gezeigt, das interdictum uti possidetis auf diese Servituten überhaupt keine Anwendung findet, so kann natürlich auch die Beweislast hier nicht durch dasselbe geregelt werden.

Die Bestimmungen über dieselbe sind vielmehr speciell und zwar in folgendem Fragmente ausgesprochen:

L. 6. §. 1. D. si serv. vind. (8, 5) Ulpian.

Sciendum tamen, in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitorem, et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam, cum nihil sit innovatum, ille possidet, et aedificantem me prohibere potest, et civili actione, et interdicto quod vi aut clam. Idem et si lapilli jactu impedierit. Sed, et si, patiente eo, aedificavero, ego possessor ero effectus.

Ulpian sagt: Bei diesen Servituten — er spricht vorher von der servitus altius non tollendi — ist der possessor juris zugleich auch stets petitor, d. h. trifft den Besitzer des Rechts auch die Beweislast: sowohl wenn ich etwa noch nicht höher gebaut habe, mein Gegner also Quasibesitzer ist: denn, da keine Veränderung vorgenommen ist, so ist jener im Quasibesitz und kann mich am Bauen durch Interdict und actio hindern, als auch dann, wenn ich, ohne daß von seiner Seite ein Einspruch erfolgte, den Bau ausgeführt und so meiner Seits Besitzer geworden bin. Es liegt also dem Servitutansprecher stets der Beweis seines Rechtes ob, er mag sich im Quasibesitz befinden oder nicht. Daß petitor beweispflichtig sein bedeutet, was vielleicht Jemand nach dieser Stelle hier noch zweifelhaft erscheinen könnte, geht klar aus dem Titel de operis novi nuntiatione hervor, wo gesagt wird, daß der Nuntiant sein Recht zur nuntiatio, d. h. hier für unseren Fall der Quasibesitzer sein Servitutrecht nachweisen muß. Von dieser Beweislast wird aber der Servitutansprecher befreit, wie wir eben bei Behandlung der L. 15. D. (39, 1) und L. 45. D. (39, 2) cit. gesehen haben, wenn sein Gegner sich nicht vorschriftsmäßig defendirt.

Die L. 6. §. 1. cit. bestätigt übrigens die in §. 14. gegebene Erklärung der L. 8. §. 3. D. si serv. vind. (8, 5), indem hier freilich der Ausdruck possessor von einem solchen ge-

braucht wird, der einen der Servitut entsprechenden Zustand zwar erhalten kann, zugleich aber auch sein Recht hierzu beweisen muß; aber gerade die Art und Weise, in welcher dies Verhältniß als eine Ausnahme hervorgehoben wird, spricht für die oben aufgestellte Behauptung, daß der Ausdruck possessor, sobald nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, die Bedeutung hat im Quasibesitze bleiben zu dürfen und von der Beweislast befreit sein.

Besondere Erwerbsarten dieser Servituten.

§. 18.

Per traditionem.

Die negativen können gerade so, wie die positiven Urban-Servituten, per traditionem gültig bestellt werden, das heißt dadurch, daß der Eigenthümer mehrerer Grundstücke, wenn er eines derselben veräußert, bei der Uebergabe ausdrücklich erklärt, es solle zwischen dem veräußerten und den zurückbehaltenen Grundstücken ein bestimmtes Dienstbarkeitsverhältniß z. B. altius non tollendi bestehen. Ueber die Fragmente, welche dies beweisen, so wie über die Voraussetzungen und Bestimmungen dieser Bestellung ist auf §. 15. zu verweisen, da die dort behandelten Stellen von Urbanservituten überhaupt ohne Unterscheidung der beiden Klassen, quae in patiendo und quae in non faciendo consistunt, sprechen.[131])

131) Elvers, welcher zwar bei positiven Prädial-Servituten zur sogenannten Tradition die wirklich erfolgte Ausübung für nöthig hält, sagt in seiner Servitutl. p. 681: „... außerdem wird aber auch der Abschluß eines auf Errichtung dieser Servitut gerichteten Geschäfts — er spricht von negativen Servituten — geeignet sein, so daß immer mit diesem, falls zur Zeit schon der beabsichtigte Zustand vorhanden ist, die Tradition alsbald geschehen ist." Ich habe schon öfter darauf aufmerksam gemacht, daß das römische Recht nur eine Tradition der res corporales kennt; eine Tradition der res incorporales findet sich im Corpus Juris nirgends ausgesprochen. Eine Tradition der negativen Servituten, wie sie Elvers hier hinstellt, hat schon

Von einer Conſtituirung der negativen Urbanſervituten per patientiam, wie wir ſie bei den poſitiven Urbanſervituten angetroffen haben, kann dem in §. 17. dargeſtellten Weſen dieſer Servituten gemäß keine Rede ſein, da eben eine patientia in dieſem Sinne bei ihnen undenkbar iſt.

Eine Erſitzung iſt bei dieſen Servituten ebenſo, wie bei den Perſonalſervituten und poſitiven Urbanſervituten ausgeſchloſſen. Ueber die Quellenbeläge hierfür wird auf das Ende des §. 16. verwieſen. Doch wird ſich im nächſten Paragraphen zeigen, daß ſich bei einer beſtimmten Art dieſer Servituten ein Rechtsſchutz findet, der in ſeiner Wirkung einer Erſitzung ſehr nahe kommt.

§. 19.

Per longi temporis consuetudinem.

Im dritten Buch des Codex findet ſich folgende Conſtitution des **Antonin**:

L. 1. C. d. serv. et aq. (3, 34.)

Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas: more solito per judicem exercere non prohiberis: is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis ob-

---

an ſich etwas Widerſinniges und iſt ohne jeden Anhalt in den Quellen rein nach Gutdünken angenommen. Es findet ſich aber dieſer Irrthum noch von vielen anderen Rechtslehrern vertreten, unter Anderen auch von Bangerow, welcher ſich in ſeinen Pand. §. 350. p. 759 Anm. 2 Nr. 1. dahin äußert: „Bei der ganzen vorigen Erörterung iſt nur an die ſogenannte servitutes affirmativae gedacht worden, denn bei den ſogenannten negativen genügt ſchon der bloße Vertrag. Es iſt dies aber nicht als Singularität aufzufaſſen, ſondern der Vertrag genügt hier darum, weil mit dem Abſchluß des Vertrages ſogleich auch der Beſitz der eingeräumten Servitut erworben, und alſo ohne daß es eines beſonderen äußeren Aktes bedürfte, die Quaſi-Tradition geſchehen iſt.“

tinere sciet: modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet.

Dieſes Fragment wurde bisher unrichtig, wie im erſten Kapitel gezeigt worden iſt, von Erſitzung handelnd aufgefaßt, enthält jedoch lediglich Beſtimmungen über die Beweislaſt. Schon in den Pandecten finden wir für die Servitut ne luminibus officiatur beſondere Beſtimmungen.

Zunächſt wird in

L. 9. D. d. serv. pr. urb. (8, 2) Ulpian.

Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio.

der allen Servituten entſprechende Satz hingeſtellt, daß wenn Jemand durch Unternehmungen auf ſeinem Grundſtück dem Gebäude des Nachbars das Licht entzieht, ohne hierin durch eine beſtehende Servitut beſchränkt zu ſein, gegen ihn nicht klagend eingeſchritten werden könne. Hiermit übereinſtimmend lautet

L. 14. D. d. serv. pr. urb. (8, 2) Papirius Justus.

Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt, in area, quae nulli servitutem debet, posse dominum vel alium voluntate ejus aedificare, intermisso legitimo spatio a vicina insula.

Aus dieſen beiden Fragmenten ergiebt ſich, daß der Eigenthümer einer unbebauten Scholle ohne Rückſicht auf ein daneben liegendes unbebautes Grundſtück nach Belieben bauen kann, wenn er den geſetzlich vorgeſchriebenen Zwiſchenraum gelaſſen hat, und der Eigenthümer eines Hauſes daſſelbe nach Belieben höher bauen kann, wenn auch hierdurch dem Nachbargebäude Licht entzogen wird; vorausgeſetzt natürlich, daß nicht in beiden Fällen ein erworbenes Servitutrecht verletzt wird.

Dagegen wird in

L. 11. pr. D. d. serv. pr. urb. (8, 2) Ulpian.

Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere.

folgende Bestimmung getroffen: Wer dem Nachbarhause das Licht entziehen oder sonst Beeinträchtigungen zufügen wolle, müsse bedenken, daß er Form und Zustand der alten Gebäude wahren müsse. Es scheint hierin der Satz hingestellt zu werden, daß Häusern, die schon seit langer Zeit auf eine gewisse Weise bestanden haben, obwohl ihnen keine servitus ne luminibus officiatur zusteht, dennoch nicht durch den Nachbar die Fenster verbaut werden dürfen. Die L. 1. C. d. serv. et aq. cit. enthält nun die bestimmte Angabe, wie und unter welchen Bedingungen sich der Eigenthümer solcher alten Gebäude gegen derartige Beeinträchtigungen durch seinen Nachbar schützen kann. Antoninus antwortet auf ergangene Anfrage: wenn Du zur Klage gegen den, der sein Gebäude gegen die alte Form desselben aufgebaut hat, wegen Verbauens Deiner Fenster berechtigt zu sein glaubst, d. h. wenn das Gebäude wirklich anders wie früher aufgebaut und Dir dadurch in der That für Deine Fenster das Licht entzogen ist, dann wirst Du der hergebrachten Sitte gemäß nicht verhindert, Dich an den Richter zu wenden; der, welcher das Richteramt versehen wird, wird wissen, daß die lange Zeit über bestandene Gewohnheit an Stelle der Servitut tritt, vorausgesetzt nur, daß der Beeinträchtigte weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise sich im Besitz befindet. Das heißt, der Richter wird, wenn Du Dich an ihn wendest, nicht Nachweisung des Servitutrechts verlangen, sondern sich in diesem Falle mit dem Nachweis der longi temporis consuetudo begnügen, sobald Du Dich im nicht vitiösen Besitz befindest.

Wir finden also bei der servitus ne luminibus officiatur ein Gewohnheitsrecht, welches dem factischen Erfolge nach einer Ersitzung, die bei allen Servituten ausgeschlossen ist, fast gleichkommt, indem sich allmählig, wie es scheint, im römischen Rechte der Satz entwickelte, die actio confessoria, welche in ihrer eigentlichen Anwendung den Beweis des Servitutrechts erfordert, demjenigen utiliter zu gestatten, welcher statt des Titels die longi temporis consuetudo nachweist. Welcher Zeitraum für diese

longi temporis consuetudo ursprünglich angenommen wurde, wird nirgends angedeutet; Justinian bestimmte für dieselbe, wie im vorigen Kapitel nachgewiesen worden ist, die bei der longi temporis praescriptio von ihm eingeführten Zeitfristen. Immer aber ist festzuhalten, daß auch hier eine wahre Ersitzung nicht vorliegt, indem nirgends angedeutet wird, daß der von dem Verklagten geführte Beweis von dem Nichtvorhandensein einer solchen Servitut der longi temporis consuetudo gegenüber wirkungslos sei.

Somit können negative Urban-Servituten auf folgende Weise erworben werden:

1) Per pactiones et stipulationes, das heißt durch Formalvertrag.
2) Per adjudicationem in judicio divisorio.
3) Per traditionem, d. h. bei der Uebergabe eines von mehreren demselben Eigenthümer gehörigen Grundstücken.
4) Per longi temporis consuetudinem nur die servitus ne luminibus officiatur.

III. Rustical-Servituten.

Quasibesitz derselben.

§. 20.

Im Allgemeinen.

Paulus schildert das Wesen der Rustical-Servituten folgendermaßen:

L. 14. pr. D. d. serv. (8, 1).

Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem:

nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.

Paulus ſagt, Ruſtical-Servituten ſeien, wenn ſie auch zu körperlichen Sachen, nämlich Grundſtücken, hinzutreten, dennoch unkörperlich, und könnten deshalb nicht uſucapirt werden. Das letztere ſei ſchon deshalb unmöglich, weil ſie derartige Servituten wären, bei denen es keinen beſtimmten, d. h. bei allen gleichartigen, und fortdauernden Beſitz gäbe; denn Niemand ſei im Stande, ſo andauernd und ſo beſtändig zu gehen, daß ſein Beſitz in keinem Moment unterbrochen erſchiene. Paulus gebraucht hier natürlich possessio in übertragenem Sinne von der Ausübung der Servitut, die eben dem Innehaben der Sache beim Eigenthum entſpricht. Die Ruſtical-Servituten unterſcheiden ſich eben dadurch weſentlich von den Perſonal-Servituten und poſitiven Urban-Servituten, daß ihre Ausübung nicht wie bei jenen ſtets mit dem Innehaben einer körperlichen Sache verbunden iſt, ſondern in der Vornahme einzelner von einander ſehr verſchiedener Handlungen beſtehen. Es iſt daher ſchon bei abſtracter Betrachtung eine Anwendung derjenigen Rechtsmittel, welche zum Schutz des Innehabens körperlicher Sachen aufgeſtellt ſind, gar nicht denkbar. Sehen wir auf die Quellen, ſo wird eine Ausdehnung des interdicti uti possidetis auf die Ruſtical-Servituten nirgends ausgeſprochen. Daher müſſen wir, da Servituten res incorporales ſind und eine analoge Anwendung der für res corporales aufgeſtellten Rechtsmittel auf res incorporales, wenn ſie nicht ausdrücklich beſtimmt wird, unſtatthaft iſt, den Satz hinſtellen: das interdictum uti possidetis iſt zum Schutz der Ausübung der Ruſtical-Servituten nicht anwendbar. Ebenſo verhält es ſich mit den übrigen poſſeſſoriſchen Interdicten. Einen ſehr deutlichen indirecten Beweis für die Ausſchließung des interdictum de vi finden wir in

L. 4. §. 27. D. d. usurp. (41, 3) Paulus.

Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea

vi expuleris: per longum tempus non utendo amittam viam: quia nec possideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis, id est, mero jure detruditur.

Paulus sagt hier: wenn ich ein Wegerecht durch Dein Grundstück habe und Du mich mit Gewalt von dem Wege vertrieben hast, so verliere ich, wenn ich die entsprechende Zeit hindurch mein Wegerecht nicht ausübe, das Recht selbst. Dies begründet er folgendermaßen: ein jus incorporale wie die servitus itineris könne weder besessen werden, noch könne Jemand von einem Wege als jus merum herabgestoßen werden. Hierin wird eben gesagt, das jus itineris bestehe lediglich in Handlungen, sei aber nicht mit dem Innehaben einer körperlichen Sache verbunden, es könne bei ihm daher weder von einem Sachbesitz noch von einem detrudi die Rede sein.

Da also die Ausübung der Rustical-Servituten durch die possessorischen Rechtsmittel nicht geschützt wird, so könnten wir von einer quasi possessio derselben gar nicht reden, wenn nicht für einzelne Arten derselben besondere Interdicte aufgestellt wären. Javolen sagt von diesen Interdicten in

L. 20. D. d. serv. (8, 1).

. . . . ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Veluti possessoria werden sie genannt, weil einmal von possessio und allem darauf Bezüglichen streng genommen nur bei körperlichen Sachen die Rede sein kann, sodann aber, weil, wie die folgenden Paragraphen ergeben werden, die Wirkungen der possessorischen Interdicte nicht ganz, sondern nur zum Theil diesen besonderen Interdicten zugetheilt worden sind. Die einzelnen Arten derselben sind folgende:

§. 21.

De itinere actuque privato.

Das interdictum lautet:

L. 1. pr. D. d. itin. act. priv. (43, 19) Ulpian.

Praetor aït: quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es: quo minus ita utaris, vim fieri veto.

Bei der Erklärung dieſer alten Formel äußert ſich Ulpian über daſſelbe folgendermaßen:

L. 1. §. 1. D. h. t.

Hoc interdictum prohibitorium est, pertinens ad tuendas rusticas tantummodo servitutes.

§. 2. eod.

Hoc interdicto Praetor non inquirit, utrum habuit jure servitutem impositam, an non: sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi, non clam, non precario: et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit. Sive igitur habuit jus viae, sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem Praetoris pertineat: si modo anno usus est vel modico tempore, id est, non minus quam triginta diebus. Neque ad praesens tempus refertur usus, quia plerumque itineribus vel via non semper utimur, nisi cum usus exegerit: ita annui temporis spatium conclusit usum.

Hieraus erſieht man, daß das interdictum de itinere actuque privato ein prohibitoriſches Interdict iſt, bei deſſen Anſtellung der Prätor nicht unterſucht, ob eine rechtmäßig beſtellte Servitut vorhanden iſt oder nicht, ſondern lediglich ob Jemand weder gewaltſam, noch bittweiſe, noch heimlich in dieſem Jahre das Wegerecht ausgeübt hat; findet der Prätor dies letztere beſtätigt, ſo

ſchützt er den Petenten, wenn er auch zu der Zeit, wo das Interdict angeſtellt wurde, das Wegerecht nicht ausgeübt hat. Mag alſo Jemand ein Recht zur Benutzung des Weges wirklich erworben haben oder nicht, immer wird er durch den Prätor bei der Ausübung des Wegerechts geſchützt werden, wenn er im Laufe des verfloſſenen Jahres, von dem Tage der Anſtellung des Interdicts an gerechnet[132]), auch in mäßiger Zeitfolge, das heißt non minus quam triginta diebus[133]), den Weg benutzt hat. Es kommt mithin bei dieſem Interdicte nicht das Recht, ſondern nur die factiſche Ausübung deſſelben in Frage. Die Ausübung muß aber um das Interdict zu verſchaffen, abgeſehen von den Requiſiten non minus quam triginta diebus nec vi, nec clam, nec precario, in folgender Weiſe erfolgt ſein: Der, welcher Anſpruch auf das Interdict mächt, muß das Wegerecht animo servitutis, nicht zu verwechſeln mit dem Glauben das Servitutrecht erworben zu haben, ausgeübt haben; ſo daß z. B. derjenige, der

132) L. 1. §. 3. h. t.

133) Ueber die Bedeutung der Worte: si modo anno usus est vel modico tempore, id est, non minus quam triginta diebus, herrſcht unter den Rechtslehrern eine getheilte Anſicht. Die meiſten neueren Rechtslehrer (vergl. z. B. Savigny, Beſ. p. 591 Anm. 2 und Keller, Pand. §. 186. p. 366) faſſen die Worte ſo auf, daß man an dreißig verſchiedenen Tagen im letzten Jahre die Wegegerechtigkeit ausgeübt habe. Dagegen interpretirt Bangerow (in ſeinen Pand. §. 355. p. 778) nach Althof dieſelben dahin: „zu dem interd. de itinere iſt man berechtigt, wenn man nur im letzten Jahre während eines mäßigen Zeitraums, alſo mindeſtens während dreißig Tagen, die Wegegerechtigkeit ausgeübt hat. . . . So können möglicherweiſe ſchon zwei Handlungen genügen, wenn nur die Zwiſchenzeit wenigſtens einen Monat beträgt.“ Die erſtere Auffaſſung verdient jedenfalls den Vorzug. Einmal ſpricht für ſie entſchieden der Wortlaut; ſodann aber ſcheint ſie mir dem Weſen des Rechtsinſtituts entſprechender. Es handelt ſich hier um den Schutz einer erfolgten Ausübung ohne jede Rückſicht auf das Recht dazu; da ſcheint es auf Seite des Eigenthümers des benutzten Grundſtücks billig eine öftere Wiederholung der Ausübung zu verlangen, indem eine ein- oder zweimalige Anmaßung des Wegerechts demſelben ſehr leicht entgehen und ihm ſo die Möglichkeit des Einſpruchs entzogen werden kann, während ein rechtlicher Schutz für die Ausübung eines Wegerechts, welches nur ein oder zwei Mal im Jahre ausgeübt wird, ebenfalls nicht ſo dringend geboten erſcheint.

mit dem Bewußtsein der Unrechtmäßigkeit einen Weg benutzt, das Interdict nicht anstellen kann

L. ult. D. h. t. Celsus.

Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis: non tamen tamquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet.

und derjenige, welcher Ueberschwemmung oder sonstiger Untauglichkeit eines öffentlichen oder Privatweges halber zu wiederholten Malen seinen Weg über den Acker seines Nachbars genommen hat, das Interdict nicht mit Erfolg anstellen kann, nicht weil er „quasi precario“ ein Wegerecht ausgeübt hat, sondern weil er „quasi nec usum“, indem eben, wenn von Jemand gesagt werden soll „usus est itinere“ animus servitutis erfordert wird.[134])

L. ult. D. quemdmd. serv. amitt. (8, 6) Paulus.

Servitute usus non videtur, nisi is, qui jure suo uti se credidit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

Dagegen erwirbt der Eigenthümer des Grundstücks durch jeden der in seinem Namen einen Weg benutzt, selbst wenn der Ausübende den Eigenthümer des Grundstücks für welches er den Weg benutzt nicht kennt, das Interdict. Hierher gehören namentlich alle Personen, qui nobis retinent servitutem mit Ausnahme des Usufructuars.[135]) Benutzt jedoch ein Freund von mir ein Wegerecht in der Meinung, daß mein Grundstück ihm selbst gehöre, so erwirbt er für sich selbst aber nicht für mich das Interdict.[136]) Habe ich ferner mein Grundstück, dem ein Wegerecht

134) L. 1. §. 6. h. t.
135) L. 1. §. 7. u. L. 3. §. 4. h. t.
136) L. 1. §. 8. h. t.

zusteht, Dir precario übergeben, und Du erbittest von dem Nachbar die Erlaubniß dieses Wegerecht ausüben zu dürfen, so steht Dir die exceptio entgegen precario ausgeübt zu haben, aber ich behalte nichts desto weniger durch dieses Dein Gebrauchen des Weges das Interdict. Habe ich Dir dagegen ein Grundstück precario übergeben, für welches ich vom Nachbar ein Wegerecht precario erlangt habe, und Du benutzest den Weg in der Meinung als werde er meinem Grundstück von Rechts wegen geschuldet, so erwerbe ich durch diese Benutzung nicht die Berechtigung das Interdict anzustellen.[137])

Ueber die Requisite nec vi, nec clam, nec precario wird folgendes Nähere bestimmt: Hat Jemand in der oben genannten Weise ein Wegerecht innerhalb eines Jahres nec vi, nec clam, nec precario ausgeübt, sodann aber vi, clam, precario, so schadet dies für die Anstellung des Interdicts nicht.[138]) Eben so kann der mit Erfolg das Interdict anstellen, der auf einem Grundstück nec vi, nec clam, nec precario ein Wegerecht ausgeübt hat, obwohl er, nachdem ich mein Grundstück verkauft, trotz des Einspruchs des Käufers vi oder clam den Weg weiter benutzt hat.[139]) Ferner wird nicht nur derjenige als einer der clam usus angesehen, der selbst durch Einspruch verhindert den Weg fort benutzt, sondern auch der, welcher ihn durch Andere benutzen läßt; dagegen scheine ich nicht clam usus, wenn ich ohne Kenntniß von dem Einspruch in der Benutzung fortfahre. Endlich kann derjenige, der dem gegenüber in cujus locum hereditate aliove quo jure successi, vi, clam, precario den Weg benutzt hat, auch gegen mich nicht erfolgreich das Interdict anstellen.[140]) Nach dem Wortlaut des Interdicts wird nur derjenige durch den Prätor geschützt, der hoc anno auf die geschilderte Weise ein Wege-

137) L. 1. §. 11. h. t.
138) L. 1. §. ult. h. t.
139) L. 3. pr. h. t.
140) L. 3. §. 2. h. t.

recht ausgeübt hat. Ausnahmsweise kann nun Jemand das Interdict auch mit Erfolg anstellen, wenn er nicht hoc anno, sondern superiore anno usus est; wenn er nämlich an der Benutzung des Weges durch Ueberschwemmung, Gewalt, oder was unter die Formel: si qua mihi justa causa esse videbitur fällt, in diesem Jahre verhindert worden ist und so zur in integrum restitutio berechtigt erscheint. [141])

Die Wirkung dieses Interdicts besteht darin, daß, wer den vorstehenden Vorschriften genügt, in der Benutzung des Weges, wie sie bisher von ihm geschehen, aber auch nur in diesem Umfange, durch den Prätor geschützt wird.

L. 1. §. 5. D. h. t.

Julianus aït, quoad usque ingressus est, eo usque ei interdictum competere: quod verum est.

Gleichzeitig wird aber mit diesem Interdicte das Interesse für die eingetretene Störung in der Ausübung verfolgt:

L. 3. §. 3. h. t.

In hoc interdicto examinatur, quanti ejus interesse, via non prohiberi, sive itinere.

§. 22.

De aqua quotidiana et aestiva.

Das interdictum de aqua quotidiana et aestiva ist folgendermaßen formulirt:

L. 1. pr. D. d. aq. quot. et aest. (43, 20) Ulpian.

Aït Praetor, uti, hoc anno aquam, qua de agitur, non vi, non clam, non precario ab illo duxisti: quo minus ita ducas, vim fieri veto.

Von diesem Interdicte heißt es in L. 1. §. 1. h. t., daß es ein prohibitorisches und nur bisweilen auch ein restitutorisches sei. Die Römer unterscheiden aqua quotidiana und aqua aestiva.

141) L. 1. §§. 9. u. 10. h. t.

Unter dem ersteren wird ein solcher Wasserbezug verstanden, der täglich stattfinden kann, obwohl es nicht nöthig ist, daß der Bezug auch immer täglich erfolgt, unter dem letzteren ein solcher, welcher der Natur der Sache nach oder dem Zwecke gemäß nur im Lauf des Sommers ausgeübt wird.[142]) Für beide Arten von Wasserleitungen sind besondere Interdicte aufgestellt; doch unterscheiden sich beide nur in der Zeitbestimmung, indem es bei dem interdictum de aqua aestiva statt „uti hoc anno . . . . . duxisti" heißt „uti priore aestate . . . duxisti.[143]) Wie bei dem interdictum de itinere actuque privato nicht schon die fehlerlose Ausübung des Rechts allein, sondern nur die mit dem animus servitutis erfolgte zur wirksamen Anstellung des Interdicts berechtigte, so muß auch hier außer dem nec vi, nec clam, nec precario ducere die Absicht ein Recht auszuüben vorhanden sein.

L. 1. §. 19. h. t.

Aristo putat, eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo jure uti: non eum, qui scit se nullum jus habere, et utitur.

Ganz entsprechend dem Interdict de itinere actuque privato wird das Verfahren hier auch folgendes sein:

Der Petent weist nur den nec vi, nec clam, nec precario erfolgten Wasserbezug nach, dagegen ist es Sache des Beklagten auszuführen, daß der Petent mit dem Bewußtsein der Unrechtmäßigkeit die Servitut ausgeübt habe. Gelingt dies dem Beklagten oder ergiebt es sich aus der Sache selbst, so wird der Prätor das Interdict verweigern, anderen Falls aber Schutz verleihen. —

Im anscheinenden Widerspruch hiermit stehen folgende Stellen dieses Titels:

L. 1. §. 9. h. t.

Et qualiter sit constitutum jus aquae, dicendum est, hoc interdictum locum habere.

142) L. 1. §. 2. h. t.

143) L. 1. §§. 29. 30. u. 31. h. t.

§. 10. eod.

Sed et si jure aqua non debetur alicui, si tamen jure ducere se putavit: cum non in jure sed in facto erravit, dicendum est, eoque jure utimur, ut interdicto hoc uti possit: sufficit enim, si jure se ducere putavit, nec vi, nec clam, nec precario duxit.

Hierin heißt es: Das Interdict finde seine gültige Anwendung, wenn ein Wasserleitungsrecht wirklich bestehe; auf die Art des Erwerbes komme es nicht an. Ja selbst wenn ein Wasserleitungsrecht wirklich nicht vorhanden sei, derjenige der es ausübte es aber zu besitzen glaubte und nicht in jure, sondern in facto irrte, so müsse zugegeben werden und zwar sei es ein alter Rechtsgebrauch, daß das Interdict gültig angestellt werden könne; denn es genüge, daß Jemand geglaubt habe mit Recht Wasser zu leiten, und es nec vi, nec clam, nec precario bezogen habe. Hiernach könnte es scheinen, als würde bei der Anstellung des Interdicts der Rechtspunkt der Prüfung durch den Prätor unterworfen. Aus der Formulirung des Interdicts geht jedoch unzweifelhaft hervor, daß dies nicht der Fall, und wir werden außerdem später bei der Behandlung des interdictum de itinere actuque reficiendo sehen, in welcher prägnanten Weise bei diesem Interdict, bei welchem ausnahmsweise nicht nur de facto, sondern sogleich de jure erkannt wird, der erforderliche Nachweis des Titels hervorgehoben wird.

Die citirten beiden Stellen stimmen aber auch mit der oben angegebenen Darstellung vollständig überein. Sie beziehen sich nämlich ganz offenbar nicht auf die Anstellung des Interdicts selbst, sondern auf die spätere Wirkung des schon mit Erfolg angestellten Interdictes. Das Wasserleitungsrecht unterscheidet sich wesentlich dadurch vom Wegerechte, daß die Ausübung des ersteren mit einem entsprechenden materiellen Verlust des benutzten Grundstücks verbunden ist, während dieser bei dem letzteren fehlt. Es wird daher die Anstellung des interdictum de itinere actu-

que privato, wenn sie Erfolg hat, den damit Belangten nicht in der Weise wie die des interdictum de aqua quotidiana vel aestiva beschädigen. Auf diesen materiellen Schaden und die damit zusammenhängende Frage der Entschädigung, wenn sich bei dem später folgenden Actionsverfahren herausstellt, daß der Sieger im Interdictverfahren zu der erfolgten Ausübung des Wasserleitungsrechts nicht berechtigt war, beziehen sich offenbar die oben angezogenen Stellen. Welche Folgen mit dem error in facto verbunden waren, ob er von der Entschädigungspflicht überhaupt oder nur zum Theil befreite, darüber fehlen die genaueren Angaben.

In Betreff der Zeit der Ausübung genügt bei diesem Interdicte der Bezug des Wassers an einem Tage oder während einer Nacht des verflossenen Jahres,[144]) welches letztere, da keine besondere Bestimmungen getroffen sind, eben so wie bei dem interdictum de itinere actuque privato zu berechnen ist. Der Schutz des Prätors bezieht sich auch hier nur auf die Art des Bezuges, wie sie im verflossenen Jahre gewesen ist;[145]) so daß, wenn Jemand über das bisherige Maaß und die sonstige Art und Weise des Bezuges hinausgeht, derselbe ungestraft gewaltsam an der Ausübung verhindert werden kann.[146])

Hat Jemand in dem verflossenen Jahre vorschriftsmäßig außerdem aber noch vi, clam, precario Wasser bezogen, so wird er, so weit er nicht vitiös geleitet hat dennoch geschützt.[147]) Hat ferner Jemand vor Jahresfrist vorschriftsmäßig geleitet, und ist dann im Laufe des verflossenen Jahres das Wasser ohne sein Zuthun weiter geflossen, so hat er, obwohl er eigentlich im verflossenen Jahre nicht Wasser geleitet hat, doch das Interdict.[148]) Das Interdict geht nicht nur gegen den störenden Eigenthümer

144) L. 1. §. 4. h. t.
145) L. 1. §. 15. h. t.
146) L. 1. §§. 15. 17. u. 18. h. t.
147) L. 1. §. 20. h. t.
148) L. 1. §. 21. h. t.

des Grundstücks, aus dem das Wasser bezogen wird, sondern überhaupt gegen jeden Störer.[149])

Das Interdict, welches gewöhnlich simplex ist, kann dadurch duplex werden, daß zwei mittelst derselben Anstalt Wasser leiten und beide behaupten, der stattgehabte Bezug sei von ihrer Seite erfolgt.[150]) Gerade so wie das interdictum de itinere actuque privato steht auch dieses Interdict den Rechtsnachfolgern zu.[151])

§. 23.

De rivis.

Auch das interdictum de rivis ist zu den quasipossessorischen Rechtsmitteln zu zählen, da es, wie sich zeigen wird, zum Schutz für eine rechtliche Folge der Ausübung der Servitut, abgesehen von jedem Rechte zu derselben, dient. Es lautet:

L. 1. pr. D. d. rivis (43, 21) Ulpian.

Praetor aït, rivos, specus, septa reficere, purgare, aquae ducendae causa, quominus liceat illi: dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate, non

---

149) L. 1. §. 25. h. t.

150) L. 1. §. 26. h. t.

151) L. 1. §. 37. h. t. — Elvers sagt über die accessio temporis beim Quasibesitz der Rustical-Servituten in seiner Servitutl. p. 686: „Bei den Real-Servituten entsteht noch die Frage, ob sich der Besitzer des herrschenden Grundstücks auf die Ausübung seines Vorgängers im Besitz dieses Grundstücks berufen kann, um für sich den Besitz der Servitut nachzuweisen; — eine Frage, für deren Entscheidung wir in den Quellen keinen Anhaltspunkt finden", und a. a. O. Anm. p2: „Dort wird wohl bestimmt, daß die Ausübung durch den Vorgänger die Servitut gegen den Untergang durch Nichtgebrauch schützt, und eben so, daß darauf die Wege- und Wasser-Interdicte gestützt werden können, — aber aus diesen singulären Instituten wird für den Besitz eine sichere Entscheidung nicht gezogen werden können." Elvers glaubt hier eine Lücke im Corpus Juris zu finden, was die Folge seiner schon früher gezeigten ganz falschen Auffassung des Quasibesitzes ist, da er interdictmäßige Ausübung und Quasibesitz der Servituten irrthümlicher Weise für zwei verschiedene Rechtsbegriffe hält.

vi, non clam, non precario a te duxit: vim fieri veto.

Von dieſem Interdict ſagt Ulpian in §. 1. eod., es ſei „utilissimum“, weil ohne Reinigung der Anſtalten der Waſſerbezug unmöglich werde. Das Interdict ſetzt die Requiſite des interdictum de aqua quotidiana vel aestiva bereits voraus, wie aus der Formel deſſelben hervorgeht. Wenn es nun in L. 1. §. 9. h. t. heißt:

Hoc interdictum competit etiam ei, qui jus aquae ducendae non habet, si modo aut priore aestate, aut eodem anno aquam duxerit: cum sufficiat, non vi, non clam, non precario duxisse,

ſo ergiebt ſich einmal daraus, daß dieſes Interdict, abgeſehen von dem Rechte zum Leiten des Waſſers, Jedem zuſteht, der priore aestate oder hoc anno nicht vitiös Waſſer geleitet hat; zweitens wird aber dadurch auch die im vorigen Paragraphen gegebene Darſtellung des Interdicts de aqua, wonach der Rechtspunkt bei demſelben gar nicht in Betracht kommen ſoll, auf das Beſtimmteſte beſtätigt.

Abgeſehen von den beſonderen Beſtimmungen über das, was bei dem reficere und purgare erlaubtermaßen vorgenommen werden darf, richtet ſich dieſes Interdict ganz nach dem interdictum de aqua quotidiana vel aestiva.

L. 3. §. 7. h. t.

Iisdem autem personis et in easdem interdictum hoc datur, quibus et in quas et de aqua interdicta redduntur, quae supra sunt enumerata.

Beſonders bemerkt wird noch, daß, wenn dem, der unter den interdictmäßigen Vorausſetzungen das reficere unternimmt, von dem Eigenthümer des benutzten Grundſtücks opus novum nuntiirt wird, dieſe operis novi nuntiatio nicht beachtet zu werden brauche, der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks vielmehr die actio in rem anſtellen müſſe.

§. 24.

De fonte.

Das interdictum de fonte:

L. 1. pr. D. d. fonte (43, 22) Ulpian.

> Praetor aït, uti de eo fonte quo de agitur, hoc anno aqua nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es: quo minus ita utaris, vim fieri veto. De lacu, puteo, piscina item interdicam.

dient zum Schutz der Servituten aquae haustus und pecoris ad aquam appulsus, sei es, daß Jemand an der Ausübung der Servituten selbst verhindert wird, oder daß ihm das zur Ausübung nothwendige Wegerecht versagt wird.[152]) Abgesehen von der zwischen den Servituten selbst bestehenden Verschiedenheit richtet sich dies Interdict ganz nach dem im §. 22. behandelten interdictum de aqua quotidiana et aestiva.[153]) Wie bei der servitus aquae ducendae ist auch hier ein interdictum de fonte purgando reficiendove aufgestellt.

L. 1. §. 6. h. t.

> Deinde aït Praetor, quo minus fontem, quo de agitur, purges reficias ut aquam coercere, utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno, non vi, non clam, non precario ab illo usus es, vim fieri veto,

welches sich ebenfalls nur durch die besonderen Bestimmungen über die Art und Weise des reficere und purgare von dem interdictum de rivis unterscheidet.[154])

---

152) L. 1. §§. 2. u. 5. h. t.
153) L. 1. §. 3. h. t.
154) L. 1. §§. 7—11. h t.

§. 25.

Resultat.

Außer den in §§. 21—24. aufgeführten Interdicten finden sich keine Rechtsmittel weiter im Corpus Juris, welche zum Schutze der Ausübung von Rustical-Servituten, abgesehen vom Recht, dienen; da nun ein Quasibesitz ohne Rechtsschutz undenkbar ist, so ergiebt sich, daß es nach römischem Recht bei den Rustical-Servituten nur einen Quasibesitz von Wege- und Wassergerechtigkeiten giebt, und sich nur derjenige in demselben befindet, der den in den aufgeführten Interdicten gestellten Anforderungen genügt.[155]) Bisher haben wir nur einen Schutz der factischen

155) Savigny, dessen falsche Auffassung des Quasibesitzes schon mehrfach erwähnt ist, sagt über den Quasibesitz dieser Servituten in seiner Besitzlehre §. 46. p. 584 Folgendes: „Im Allgemeinen läßt sich der Erwerb der juris quasi possessio so bestimmen: die Handlung, die den Gegenstand des Rechts ausmacht, muß irgend einmal ausgeübt sein, und zwar als ein Recht ausgeübt sein. Wer also über des Nachbars Grundstück geht, um mit diesem zu reden, hat dadurch kein jus itineris ausgeübt; wer dagegen ein solches Recht ausüben will, und es gegen den Widerspruch des Eigenthümers mit Gewalt durchsetzt, hat allerdings den Besitz erworben, so daß die patientia des Eigenthümers durchaus nicht zum Erwerb dieses Besitzes nöthig ist", und fügt a. a. O. Anm. 2 hinzu: „L. 20. D. d. serv. . . . . Ego puto, usum ejus juris (es ist von jus fundi die Rede) pro traditione possessionis accipiendum esse. Also usus ohne nähere Bestimmung ist die Apprehension. Derselbe Satz folgt aus den Exceptionen der einzelnen Interdicte, welche Exceptionen (vi, clam, precario) hier wie bei dem eigentlichen Besitz durchaus keinen Sinn hätten, wenn in den Fällen derselben selbst die Apprehension nicht behauptet werden könnte ꝛc." Savigny behauptet, daß bei diesen Servituten Besitz erworben werde, wenn man ein Recht mit der Absicht, es als solches auszuüben, gegen den Widerspruch des Eigenthümers gewaltsam geltend macht, und leitet diesen Satz ab aus L. 20. D. d. serv. cit. Diese Stelle handelt, wie im §. 27. gezeigt werden wird, von dem Erwerbe des Rechts selbst und gehört gar nicht in die Quasibesitzlehre. Die Interpretation dieser Stelle von Savigny ist im Vergleich mit seinen scharfsinnigen Deductionen in der Lehre vom Sachbesitz kaum zu begreifen. Weil hier usus einmal allein ohne nähere Bestimmung steht, folgert Savigny, daß

Ausübung der Wege- und Wasserrechte gegen widerrechtliche Störung derselben gefunden; es fragt sich nun, ob und wie die zweite Wirkung der possessio auf diese Servituten übertragen worden ist, nämlich, ob, wenn das Recht zu der Ausübung bestritten wird, derjenige, der interdictmäßig den Weg benutzt oder Wasser geleitet hat, während des Actionsverfahrens ebenfalls in der Ausübung fortfahren kann und ob er dadurch von der Beweislast befreit wird. Hierüber giebt uns Aufschluß

L. 7. D. d. aq. quot. et aest. (43, 20) Paulus.

Si de via, itinere actu, aquaeductu agatur, hujus modi cautio praestanda est, quamdiu quis de suo jure doceat, non se impediturum agentem, et aquam ducentem, et iter facientem. Quod si neget jus esse adversario agendi, aquae ducendae: cavere sine praejudicio amittendae servitutis debebit, donec quaestio finietur, non se usurum.

Paulus sagt: Wenn über ein Wegerecht oder Wasserrecht das Actionsverfahren eingeleitet wird, so muß Caution bestellt werden, man wolle, so lange man den Beweis über sein Recht führe, den das Wege- oder Wasserrecht Ausübenden bei dieser Ausübung nicht stören. Wenn hier über die Art und Weise der Ausübung nichts Näheres gesagt wird, so versteht sich doch von selbst, daß von einer den Interdicten entsprechenden Ausübung des Wegerechts oder Wasserrechts die Rede ist; denn einmal steht das Fragment selbst im Titel de aqua quotidiana, der nur von interdictmäßiger Ausübung der Servitut handelt, und zweitens hätte es keinen Sinn demjenigen die Rechte bei einer auf gesetzlichem Wege dem der Klage erfolgten Störung einzuräumen, die ihm bei der widerrechtlichen gewaltsamen versagt werden. Hat also Jemand interdictmäßig ein Wegerecht oder Wasserrecht ausgeübt,

---

hierunter auch die gewaltsame Ausübung falle. Im römischen Recht giebt es gar keine rechtliche Folge einer gewaltsam stattgefundenen Ausübung eines Rechts.

mit anderen Worten befindet er sich im Quasibesitz derselben, so soll derjenige, der ihm das Recht hierzu streitig macht, so lange er über sein eigenes Recht, das heißt über sein Eigenthumsrecht den Beweis führt, Caution leisten, den Quasibesitzer in der ferneren Ausübung nicht stören zu wollen. Daß de jure suo docere hier den Beweis des Eigenthums führen heißt, geht aus dem zweiten Theil des Fragmentes hervor, welcher mit den Worten beginnt, quod si neget jus esse etc., indem das Negiren nur in Folge des bewiesenen Eigenthums erfolgen kann. Wenn er nun aber, fährt Paulus fort, das Recht zum Gehen oder Beziehen des Wassers verneint, was eben den Beweis des Eigenthums voraussetzt, dann muß der bisherige Quasibesitzer Caution leisten, die Ausübung der Servitut bis zur Entscheidung der Rechtsfrage auszusetzen, ohne daß hierin ein Präjudiz für den Verlust der Servitut liege. Es hat also der Quasibesitzer das Recht die Servitut auch während des Actionsverfahrens auszuüben und ist von jeder Beweislast frei bis der Störer sein Eigenthumsrecht nachgewiesen. Die rechtlichen Folgen des Quasibesitzes sind mithin bei den Rusticalservituten ganz entsprechend wie bei den Personalservituten.[156])

156) Ueber die L. 7. D. d. aq. quot. et aest. cit. schweigen fast alle Rechtslehrer eben so wie über die L. 60. D. d. usufr. (vergl. §. 10.) und äußern sich über die Wirkung dieser Rustical-Interdicte für den Fall der actio gar nicht. Elvers glaubt hier wie bei der L. 60. D. d. usufr. cit. eine antiquirte Rechtsstelle zu finden. Er sagt in seiner Servitutenlehre p. 649 Anm. a: „Ferner spricht dafür die L. 7. d. aq. quot. et aest., in welcher derselbe Paulus die Regulirung des Besitzes an Wegegerechtigkeiten während eines confessorischen oder negatorischen Prozesses nicht anders vorzunehmen weiß, als durch Auflegung von Stipulationen, worin der Eine dem Andern versprechen muß, die Servitut nicht zu stören, beziehungsweise die Ausübung nicht vorzunehmen.“ Nachdem er so die einzige Stelle, welche uns hier über die Wirkung des Quasibesitzes während des Actionsverfahrens Auskunft giebt, als historische Notiz verworfen hat, fährt er so fort: „In den Fällen freilich, wo die Wege- und Wasser-Interdicte begründet waren, schützte der Prätor die Servituten-Ausübung, seitdem er sie eingeführt hatte, auch schon während des Servituten-Prozesses, aber doch nur unter den bestimmten

Besondere Erwerbsarten dieser Servituten.

§. 26.

Per traditionem.

Eine dem Eigenthumserwerbe per traditionem entsprechende Bestellung, wie wir sie bei den Personalservituten gefunden haben, kann der Natur der Sache nach hier so wenig wie bei den Urbanservituten vorkommen. Wohl aber werden diese Servituten gerade so wie die Urbanservituten per traditionem erworben, das heißt eine Rusticalservitut wird dann als gültig bestellt angesehen, wenn der Eigenthümer mehrerer Grundstücke eines derselben verkauft und bei der Uebergabe ein Dienstbarkeitsverhältniß zwischen dem veräußerten und den zurückbehaltenen ausspricht.

L. 3. D. comm. praed. (8, 4) Gaius.

> Duorum praediorum dominus, si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium quod datur, serviat ei, quod ipse retinet, vel contra, jure imposita servitus intelligitur.

Im Allgemeinen gelten hier dieselben Bestimmungen wie bei dem Erwerb der Urbanservituten per traditionem (vgl. §. 15.) Nur zwei besondere Fälle sind hier noch hervorzuheben:

Wenn zwei Personen ein Grundstück gemeinsam besitzen und der Eine dem Anderen seinen Antheil übergiebt, so soll wenn bei dieser Uebergabe zugleich ein Wegerecht durch ein anderes dem Tradenten gehöriges Grundstück gestattet wird, dies Wegerecht gültig bestellt sein, und der Satz: servitutes per partes nec adquiri nec imponi posse hier nicht entgegen stehen.

L. 32. D. d. serv. pr. rust. (8, 3) Africanus.

> Fundus mihi tecum communis est: partem tuam mihi tradidisti, et ad eundem viam per vicinum pro-

---

Voraussetzungen dieser Interdicte", ohne sich hierfür auf irgend einen Quellenausspruch stützen zu können.

prium: recte eo modo servitutem constitutam aït: neque quod dici soleat, per partes nec adquiri, nec imponi servitutes posse, itso casu locum habere. Hic enim non per partem servitutem adquiri, utpote cum in id tempus adquiratur, quo proprius meus fundus futurus sit.

Wenn ferner zwei Perſonen zwei Grundſtücke gemeinſam beſitzen und Jeder ſeinen Antheil an dem einen dem Anderen übertragen und bei der Uebergabe eine Waſſerſervitut verſprochen hat, ſo meint Africanus, die Servitut ſei rechtsgültig beſtellt. Doch ſcheint die Rechtsbeſtändigkeit der unter ſolchen Verhältniſſen bei der Uebergabe eingeräumten Servitut beſtritten geweſen zu ſein, was daraus hervorgehen möchte, daß Africanus hinzuſetzt, namentlich dann ſei die Servitut gewiß gültig beſtellt, wenn noch der Formalvertrag hinzugekommen wäre.

L. 33. pr. D. d. serv. pr. rust. (8, 3) Africanus.
Cum essent mihi et tibi fundi duo communes, Titianus et Seianus, et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus: et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret: Recte esse servitutem impositam aït: maxime si pacto stipulatio subdita sit.

§. 27.

Per patientiam.

Bei den poſitiven Urban-Servituten hatte, wie wir geſehen haben, das ſtillſchweigende Dulden des Anbringens der einem vorangehenden formloſen Vertrage entſprechenden Vorrichtung, die patientia, dieſelbe Wirkung wie die Uebergabe der körperlichen Sache, die traditio, bei den Perſonal-Servituten, das heißt ſie verſchaffte die actio confessoria Publiciana. Dieſe Gleichſtellung der patientia mit der traditio ſcheint ſich bei den poſitiven

Urban-Servituten früher entwickelt zu haben, als bei den Rustical-Servituten, weil bei den ersteren insofern die Analogie natürlicher war; als ihre Ausübung im Anbringen einer bleibenden Vorrichtung besteht, während die letzteren in einzelnen mehr oder weniger unterbrochenen Handlungen zu Tage treten. Wir finden wenigstens in den Pandecten noch ein Fragment, welches in seiner ursprünglichen Fassung offenbar den Sinn hatte, daß durch formlosen Vertrag niemals, was auch immer später eintreten möge, eine Rustical-Servitut bestellt werden könne, vielmehr abgesehen von der im vorigen Paragraphen dargestellten Begründung per traditionem, stets Formalvertrag erforderlich sei.

Pomponius sagt:

L. 3. §. 2. D. d. act. emt. et vend. (19, 1).

Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes, per te non fieri, quo minus utar.

Gegen diese Ansicht äußert sich Javolen in

L. 20. D. d. serv. (8, 1).

Quoties via aut aliquid jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo jure uti possit: quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Javolen sagt: So oft ein Wegerecht oder irgend eine andere Rustical-Servitut durch Kauf erworben werden solle, müsse nach der Meinung des Labeo stets die solenne Form der Stipulation hinzutreten, weil es keine Tradition dieser Rechte gebe; er dagegen sei der Ansicht, daß die Ausübung dieser Rechte als Uebergabe des Besitzes aufzufassen sei, das heißt, daß die nachfolgende Ausübung dieselbe Wirkung wie die Uebertragung des Besitzes bei körperlichen Sachen habe. Diese seine Ansicht begründet Javolen dadurch, daß ja die Ausübung dieser Rechte

bereits eben ſo wie der körperliche Sachbeſitz durch Interdicte geſchützt ſei. Die L. 3. §. 2. cit., welche, wie geſagt, in ihrer urſprünglichen Bedeutung offenbar den Erwerb per patientiam verwarf, ſteht jedoch keineswegs, wie die Rechtslehrer meinen, in einem unvereinbaren Widerſpruch mit dieſer Aeußerung des Javolen.[157]) Pomponius äußert ſich in der angeführten Stelle dahin: wenn man ein Wege- oder Waſſerleitungsrecht durch Kauf erwerben wolle, ſo müſſe, da es keine Tradition dieſer Rechte gebe, die Stipulation hinzutreten. Eine Tradition der Ruſtical-Servituten giebt es auch nach juſtinianiſchem Rechte nicht[158]), ſo

157) Ueber die falſche Auffaſſung der L. 20. D. (8, 1) cit. von Savigny ſ. deſſen Beſitzlehre §. 46. p. 584 flg. Faſt alle Rechtslehrer nehmen einen directen unvereinbaren Widerſpruch zwiſchen L. 3. §. 2. D. d. act. emt. et vend. und L. 20 D. d. serv. an. Franke, der mit dem Tadeln der Compilatoren, wie ſchon öfter gezeigt, ſehr freigebig iſt, ſagt in ſeinen civ. Abhandl. p. 171 über die L. 3. §. 2. D. cit.: „Stellen aber wie jene ſchlichen ſich ein in die Pandecten und nicht minder in die Inſtitutionen, nicht etwa als eigene durchdachte Anſichten Juſtinians, ſondern nur, weil man bei der überſchnellen Compilirung den Umſtand, daß ihr Inhalt längſt Antiquität war, überſah, oder, wenn man lieber will, weil man ſie abſichtlich als hiſtoriſche Denkmäler aufnahm."

158) Bereits in Anm. 124 iſt erwähnt worden, daß die Rechtslehrer im directen Widerſpruch mit dem Corpus Juris eine allgemeine Tradition der Servituten annehmen. Der Ausdruck traditio, welcher allerdings bei den Prädial-Servituten vorkommt, bezieht ſich auf den ſpeziellen Fall, wo der Beſitzer mehrerer Grundſtücke bei der Uebergabe eines derſelben ein Dienſtbarkeitsverhältniß zwiſchen dem übergebenen und den zurückbehaltenen ausſpricht. Die dem formloſen Vertrage entſprechende ſpäter erfolgte und geduldete Ausübung wird im Corpus Juris ſtets mit patientia bezeichnet; indem nun die Rechtslehrer für den im Corpus Juris mit patientia bezeichneten Begriff den Ausdruck traditio gebrauchten, verſtießen ſie einmal gegen die übliche Terminologie und ſtürzten zweitens das Weſen des Begriffs dadurch vollſtändig um, daß ſie ganz unberechtigter Weiſe die für die Tradition geltenden Beſtimmungen analog auf die Servituten ausdehnten. So ergiebt ſich die merkwürdige Erſcheinung, daß die Rechtslehrer, welche die patiente domino erfolgte Ausübung der Servituten mit dem Namen traditio bezeichneten, mittelſt Abſtraction und Analogie zu dem Reſultat gelangen, es könne nach römiſchem Recht eine Servitut durch formloſen Vertrag auch ohne nach-

daß auch nach diesem, wenn eine Rustical-Servitut durch ein Rechtsgeschäft, wie Kauf und dergleichen, sogleich rechtmäßig begründet werden soll, die Form der Stipulation hinzukommen muß. Nun hat sich im späteren Recht allerdings der Satz herausgebildet, daß, wenn es auch keine wirkliche Tradition der Rustical-Servituten gebe, doch die Ausübung einer solchen, welche einem formlosen geschlossenen Vertrage entspricht und ohne Widerspruch ge-

---

folgende Ausübung rechtsgültig erworben werden, wovon sich im Corpus Juris keine Spur findet Unterholzner äußert sich in seiner Verjährl. Bd. II. p. 166 folgendermaßen: „Bei den servitutes praediorum rusticorum wird es gewöhnlich so eingerichtet werden, daß demjenigen, der zum Besitze des Dienstbarkeitsrechts gelangen soll, die Erlaubniß zur Ausübung der Dienstbarkeit ertheilt wird (was mit dem mittere in possessionem bei unbeweglichen Sachen verglichen werden kann). Da ist es denn auch natürlich, daß in den meisten Fällen erst noch die wirkliche Ausübung (der usus) hinzutreten muß, wenn ein Dienstbarkeitsbesitz entstehen soll. Nur würde es nicht ganz richtig sein, wenn man behaupten wollte, es sei die Ausübung zu diesem Behufe ganz unentbehrlich. Wenn nämlich die Erlaubniß zur Ausübung der Dienstbarkeit in Gegenwart der Sache ertheilt wird, so muß dies zur Begründung des Besitzes genügen, wenn auch die wirkliche Ausübung nicht sogleich erfolgt. Nur muß man zugleich voraussetzen, daß kein Hinderniß der Ausübung vorhanden ist. Wenn also z. B. der Besitzer eines Grundstücks mir Angesichts desselben erklärt, daß ich fernerhin ungestört über das Grundstück zu gehen befugt sein solle, und die Ausübung sogleich möglich wäre, ohne erst das Niederreißen einer Hecke u. dergl. zu erfordern, so erlange ich den Besitz des Fußsteiges auf der Stelle, auch wenn ich mich nicht veranlaßt finde, sogleich meinen Weg über das Grundstück zu nehmen. Oder soll ich etwa ohne Noth hin und her spazieren, blos um mir den Besitz zu verschaffen? Die ganze Besitzlehre bietet kein Beispiel dar, daß zur Besitzergreifung etwas völlig Nutzloses gefordert würde. So brauche ich eine Säule, die mir übergeben wird, nicht erst anzufassen u. s. w." In der klaren und rückhaltslosen Weise, wie Unterholzner, äußern sich die anderen Rechtslehrer allerdings nicht, fassen aber die Sache im Wesentlichen eben so falsch auf. Wie falsch z. B. Vangerow, der die Vorstellung, welche er von der Tradition der Servituten hat, keineswegs klar auseinandersetzt, die Tradition der Servituten auffaßt, ergiebt sich daraus, daß er den Erwerb der Servituten per traditionem als einen Ausnahmefall hinstellt, wo zu dem formlosen Vertrage keine Tradition der Servitut hinzuzutreten brauche (vgl. §. 15. S. 152), und ferner von einer Tradition der negativen Urban-Servituten spricht (vgl. §. 18. Anm. 131).

duldet worden ist, in der Wirkung der Tradition bei körperlichen Sachen gleichkomme, das heißt eine actio confessoria Publiciana verschaffe. Dies letztere geht, abgesehen von der L. 20. D. (8, 1) cit., aus folgenden beiden Stellen hervor.

L. 1. §. 2. D. d. serv. pr. rust. (8, 3) Ulpian.
Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris.

L. 11. §. 1. D. d. Publ. i. r. a. (6, 2) Ulpian.
Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur .... item rusticorum: nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

Nach justinianischem Recht stellt sich mithin die Sache so: Soll durch ein Rechtsgeschäft, wie Kauf, eine Rustical-Servitut erworben werden, so muß die Stipulation zu dem formlosen Vertrage hinzutreten, doch kann die letztere durch eine dem Rechtsgeschäft entsprechende ohne Widerspruch erfolgte Ausübung ersetzt werden.

§. 28.

Durch longa quasi possessio.

Wie wir in §§. 20—25. gesehen haben, giebt es nicht bei allen Rustical-Servituten, sondern nur bei den Wege- und Wasserrechten einen Quasibesitz, indem nur bei diesen Servituten die innerhalb eines Jahres auf gewisse Weise erfolgte Ausübung durch Interdicte gegen Störung geschützt wurde. Dieser Schutz bezog sich aber lediglich auf das Factum der Ausübung selbst, berührte dagegen den Rechtspunkt gar nicht. Ein viel weiter gehender direct sich auf den Rechtspunkt beziehender Schutz wird der interdictmäßigen mehrjährigen Ausübung der genannten Rechte zuertheilt, indem auf eine solche hin alle diejenigen Rechtsmittel gewährt werden, welche eigentlich den Nachweis des Rechts erfordern. Die näheren Bestimmungen hierüber sind folgende:

I. Bei den Wegerechten: Zum Schutz der Ausbesserung eines Weges, ohne welche die Ausübung des Wegerechts, wenn auch nicht ganz unmöglich, so doch sehr beschwerlich werden kann, findet sich ein besonderes Rechtsmittel, das interdictum de itinere actuque reficiendo aufgestellt. Dieses Interdict steht gewissermaßen in der Mitte zwischen den quasipossessorischen Rechtsmitteln und der actio confessoria. Mit den ersteren hat es das gemeinsam, daß es ein präparatorisches Verfahren ist, indem es die später folgende Anstellung der actio nicht ausschließt, mit der actio das, daß es den Nachweis des Titels erfordert.

Das Interdict selbst lautet:

L. 3. §. 11. D. d. itin. act. priv. (43, 19) Ulpian.

Ait Praetor, qui itinere actuque hoc anno, non vi, non clam, non precario ab illo usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi jus esset reficias, vim fieri veto: qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per ejus vitium datum sit, caveat.

Das Interdict setzt zunächst die Requisite des interdictum de itinere actuque privato, also Quasibesitz, voraus, erfordert aber zweitens Nachweis des Servitutrechts, indem präsumirt wird, daß, wer das Servitutrecht erworben hat, auch die Berechtigung zur Ausbesserung des Weges habe.

L. 3. §. 13. D. d. itin. act. priv. (43, 19) Ulpian.

. . . . hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est, et jus sibi esse reficiendi, oporteat. Jus autem esse videtur ei, cui servitus debetur.

Dieser Unterschied zwischen dem interdictum de itinere actuque privato und dem de itinere actuque reficiendo wird folgendermaßen begründet:

L. 3. §. 13. h. t.

. . . . . Itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere: et hoc anno se usum, et ei servitu-

tem competere. Ceterum, si desiit alterutrum, deficit interdictum: nec immerito: qui enim vult ire agere tantisper, quoad de servitute constet, non de jure suo docere: quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere, qui hoc anno fecit? Enimvero qui vult reficere, aliquid novi facit: neque debet ei in alieno permitti id moliri, nisi vere habet servitutem.

Das Interdict de reficiendo ſteht alſo demjenigen zu, der Quaſibeſitz und das Vorhandenſein ſeiner Servitut nachgewieſen hat. Die Frage, ob ein jus reficiendi vorhanden ſei, wird in dieſem Verfahren nicht entſchieden. Iſt bei dem Erwerb des Wegerechts nichts darüber beſtimmt worden, ſo wird angenommen, daß das Ausbeſſerungsrecht ſtillſchweigend zugeſtanden worden iſt. Nun kann allerdings das Ausbeſſerungsrecht bei der Begründung der Servitut ganz ausgeſchloſſen oder nur in beſchränkter Weiſe geſtattet worden ſein; dies kommt jedoch bei dem Interdictverfahren nicht zur Sprache, ſondern muß nachher im Actionsverfahren geltend gemacht werden. Um aber den Beklagten gegen den Petenten, falls dieſer die Ausbeſſerung über ſeine Befugniß hinaus unternimmt, oder bei der Ausführung der ihm rechtmäßig zuſtehenden Ausbeſſerung Schaden anrichtet, ſicher zu ſtellen, muß der Interdictanſprecher eine Caution beſtellen.[159])

Von dieſen für das interdictum de reficiendo getroffenen Beſtimmungen findet ſich eine Ausnahme gemacht in

L. 5. §. 3. D. d. itin. act. priv. (43, 19) Ulpian.
Si quis servitutem jure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.

Es heißt hierin: Wenn Jemand keine rechtmäßig beſtellte Servitut hat, das heißt die rechtmäßige Beſtellung, den Titel,

159) Ueber die verkehrte Auffaſſung Stever's von dem interdictum de itinere actuque reficiendo vgl. Anm. 39.

nicht nachweisen kann, aber die Begünstigung des gewissermaßen langen Besitzes hat, da er die Servitut schon lange ausgeübt, so kann er sich dieses Interdicts — nämlich de reficiendo, da nur bei diesem der Nachweis des Titels erfordert wird — bedienen. Während also der ursprünglichen Bestimmung nach das interdictum de reficiendo nur demjenigen zukam, welcher Quasibesitz und rechtmäßige Bestellung nachwies, wird es nach dieser Stelle auch demjenigen gestattet, der, obwohl er eine rechtmäßige Bestellung der Servitut nicht darthun kann, dieselbe lange ausgeübt hat. Ganz von selbst versteht sich, daß die Ausübung den im interdictum de itinere actuque privato gestellten Anforderungen entsprechend gewesen sein muß. Abgesehen von der Befreiung des Nachweises der rechtmäßigen Bestellung der Servitut für den Interdictansprecher, kommen, da in der citirten Stelle keine weiteren Abänderungen getroffen werden, alle oben angeführten Bestimmungen des Interdicts auch in diesem Falle zur Anwendung. So kann der Beklagte namentlich alle ihm zustehenden Exceptionen auch in diesem Falle mit derselben Wirkung wie bei der regelrechten Anwendung des Interdicts geltend machen, nur daß er bei allen Einwänden, die sich auf die Rechtmäßigkeit der Servitut beziehen, in die ungünstige Lage versetzt wird, selbst den Beweis antreten zu müssen.

Obwohl nun im Corpus Juris nirgends direct ausgesprochen wird, daß die longa quasi possessio der Wegerechte zur Anstellung der confessoria actio berechtige, so muß dies doch wohl aus folgender Stelle geschlossen werden:

L. 4. §. 5. D. si serv. vind. (8, 5) Ulpian.

Si quis mihi itineris, vel actus, vel viae controversiam non faciat, sed reficere, sternere non patiatur, Pomponius libro eodem scribit, confessoria actione mihi utendum: nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam, vel iter invium, vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Julianum notat, iter petendum, vel viam vindicandam. Sed de

refectione viae et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit: non tamen, si silice quis sternere velit: nisi nominatim id convenit.

Es werden in diesem Fragment die beiden Rechtsmittel, die actio confessoria und das interdictum de itinere reficiendo, ganz gleich neben einander gestellt; da nun die Requisite für das interdictum de reficiendo noch strenger wie für die actio confessoria sind, indem außer dem Nachweis des Rechtes selbst Quasibesitz erfordert wird, so ist wohl der Schluß gerechtfertigt, daß, da die lange interdictmäßige Ausübung des Wegerechts zur Anstellung des Interdicts de reficiendo genügt, dieselbe auch zur Anstellung der confessoria actio, dann natürlich utilis, hinreicht, zumal, wie gleich gezeigt werden wird, bei den Wasser-Servituten, welche doch einen viel stärkeren Eingriff in das Eigenthumsrecht eines Anderen als die Wege-Servituten enthalten, die longa quasi possessio eine actio confessoria utilis gewährt.

II. Bei Wasser-Servituten. Wie wir in §. 25. gesehen haben, befreit der Quasibesitz der Rustical-Servituten nur so lange von der Beweislast, bis der Gegner das Eigenthumsrecht an dem benutzten Grundstück nachgewiesen hat. Dem anerkannten oder legitimirten Eigenthümer gegenüber mußte der Servitutansprecher stets sein Recht nachweisen. Hiervon wird eine Ausnahme hingestellt in

L. 10. pr. D. si serv. vind. (8, 5) Ulpian.

Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.

§. 1. eod.

Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cujus agro aqua oritur, vel per cujus fundum

ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicunque aquam non ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutum. Et generaliter, quicunque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero.

Ulpian sagt: Wenn Jemand durch täglichen Gebrauch und langen Quasibesitz, das heißt durch einen Gebrauch, der den Vorschriften der Interdicte über die Wasser-Servituten entspricht, das Recht des Wasserbezuges erworben hat, so braucht er den Rechtstitel, aus dem er die Wasser-Servitut erlangt hat, wie z. B. Legat oder irgend einen anderen nicht nachzuweisen, sondern er hat eine actio utilis, um zu zeigen, daß er durch eine gewisse Reihe von Jahren hindurch sich im Quasibesitz befunden hat, so daß der Eigenthümer des benutzten Grundstücks, der mit dieser actio confessoria utilis belangt wird, zwar alle ihm zustehende Exceptionen, auch die, daß die Servitut nicht rechtmäßig begründet sei, wie bei der actio confessoria directa geltend machen kann, den Beweis jedoch selbst antreten muß. Ueber die Art der Ausübung, wenn sie die actio confessoria utilis verschaffen soll, wird gesagt, sie müsse diuturno usu erfolgen. Dieser Ausdruck ist offenbar nicht streng wörtlich zu nehmen, so daß nicht etwa ein an jedem Tage des Zeitraums erfolgter Wasserbezug erforderlich ist, sondern den einzelnen Arten der Wasser-Servituten entsprechend aufzufassen, indem es z. B. doch unzweifelhaft genügen wird, wenn aqua aestiva im Laufe des Sommers bezogen worden ist. Sodann wird von dem usus gesagt, es müsse eine longa quasi possessio sein, das heißt die Ausübung müsse interdictmäßig erfolgt sein; versteht sich diese Bedeutung des Ausdrucks „longa quasi possessio“ schon von selbst, so wird sie noch dadurch ganz unzweifelhaft, daß Ulpian ausdrücklich sagt, es müsse derjenige, welcher die actio confessoria utilis anstellen wolle, zeigen „se nec vi, nec clam, nec precario usum“. Dies Erforderniß der nicht vitiösen Ausübung finden wir auch bestätigt in der L. 1. §. ult. D. d. aq. et aq. pluv. arc. act. (39, 3), wo Ulpian

bei Erwähnung des allgemeinen Präsumtionsprinzips, dessen spezielle Anwendung wir jetzt hier betrachten, sagt:

sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute nec vi, nec clam, nec precario, habuisse longa consuetudine vel ex jure impositam servitutem videatur.

Trotzdem in den hier behandelten Stellen lediglich von der fehlerlosen Ausübung der Servitut die Rede ist, der bona fides und des justus titulus aber in keiner Weise gedacht wird, haben die Rechtslehrer dennoch nicht ermangelt, entweder ersteres oder beide Requisite hinein zu interpretiren. Bereits in der Einleitung ist angegeben worden, daß eine solche Auffassung der Stellen bei dem Mangel jedes Anhalts dazu in dem Wortlaut lediglich durch die irrthümliche Annahme einer in denselben ausgesprochenen Ersitzung entstehen konnte, daß aber in neuester Zeit fast von allen Rechtslehrern, obwohl sie ebenfalls in dem Irrthum einer nach römischem Recht bestehenden Servituten-Ersitzung befangen sind, anerkannt worden ist, daß in den von der Wirkung des Zeitablaufs auf die Servituten handelnden Stellen, weder bona fides noch justus titulus, sondern nur fehlerlose Ausübung erfordert wird. Es braucht daher hier um so weniger eine Widerlegung jener veralteten Ansichten zu erfolgen, als gezeigt worden ist, daß in den genannten Stellen gar nicht von einer Ersitzung, sondern von einer Wirkung der Jahre lang fortgesetzten interdictmäßigen Ausübung der Servituten gehandelt wird, die in dem Erlaß des Nachweises des Servitutrechts besteht.

Ueber die zum Erwerbe dieser actio utilis erforderliche Zeit finden sich sowohl bei den Rustical-Servituten wie bei der im §. 19. behandelten servitus ne luminibus officiatur in den Pandecten folgende Ausdrücke: L. 5. §. 3. D. d. itin. act. priv. (43, 19): velut longae possessionis praerogativa, ex eo, quod diu usus est hac servitute, L. 10. D. si serv. vind. (8, 5): ut ostendat, per annos forte tot usum se, L. 26. D. d. aq. et aq. pluv. arc. act. (39, 3): ductus aquae, quibus

auctoritatem vetustas daret, L. 1. §. ult. D. d. aq. et aq. pluv. arc. act. (39, 3): qui diu usus est servitute . . . habuisse longa consuetudine vel ex jure impositam servitutem videatur. Die aufgeführten Bezeichnungen sind so unbestimmt, daß aus ihnen durchaus nicht zu ersehen ist, welcher Zeitraum ursprünglich für den Erwerb der actio resp. des Interdicts erfordert wurde. Man hat daher verschiedene Vermuthungen hierüber aufgestellt, und unter Anderem hat Zimmern behauptet, es wäre dem freien Ermessen des Richters anheimgestellt gewesen, die Dauer der Ausübung in jedem einzelnen Falle zu bestimmen. Mit Recht ist jedoch diese Ansicht von Zimmern allgemein verworfen worden. Betrachtet man die hierher gehörigen Stellen des justinianischen Codex, so bestimmt Antonin für die servitus ne luminibus officiatur in L. 2. C. d. serv. (3, 34):

Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti.

das heißt einen Zeitraum, der dem für den Erwerb der unbeweglichen Sachen durch Zeitablauf bestimmten entspricht.

Hiermit übereinstimmend dehnt Justinian in L. 12. C. d. praescr. long. temp. (7, 33) die für die Ersitzung der unbeweglichen Sachen getroffenen Zeitbestimmungen, wonach 10 Jahre inter praesentes und 20 Jahre inter absentes erforderlich sind, mit folgenden Worten auch auf den Erwerb der Servituten durch fortgesetzte interdictmäßige Ausübung aus:

Eodem observando, et si res non soli sint: sed incorporales, quae in jure consistunt; veluti ususfructus, et ceterae servitutes.

Es ist daher auch für die frühere Zeit anzunehmen, daß der Zeitraum der longa quasi possessio stets mit dem bei der longi temporis praescriptio für unbewegliche Sachen bestimmten identisch gewesen ist; freilich fehlen auch über die Bestimmung des letzteren aus der vorjustinianischen Zeit genauere Nachrichten, so daß aus den oben angeführten unbestimmten Ausdrücken geschlossen

werden dürfte, die Zeitdauer sei in den verschiedenen Provinzen nicht dieselbe gewesen.

Nach justinianischem Recht erwirbt also derjenige, welcher 10 Jahre inter praesentes oder 20 Jahre inter absentes hindurch eine Wasser-Servitut interdictmäßig ausgeübt hat, das Recht, die confessoria actio utiliter anstellen zu können.

Ueber die Ausdehnung dieser actio confessoria utilis sagt Ulpian in der L. 10. §. 1. D. si serv. vind. (8, 5) cit., mit derselben könne nicht nur der Eigenthümer des Grundstücks, auf dem sich die Quelle des geleiteten Wassers befinde oder durch welches das Wasser geleitet werde, sondern überhaupt Jeder, der die Leitung des Wassers störe, belangt werden. Ulpian setzt hinzu: „exemplo ceterarum servitutum“; dies kann hier nicht den Gegensatz zwischen den Wasser-Servituten und den übrigen Servituten bedeuten, sondern eine Gleichstellung der durch andere rechtmäßige Bestellung und der durch longa quasi possessio erworbenen Wasser-Servituten, indem in der ganzen citirten Stelle nur von den letzteren und nicht von den Wasser-Servituten im Allgemeinen gesprochen wird. Es wird mithin in dieser Stelle gesagt, daß, wer durch longa quasi possessio, d. h. wie wir gesehen haben, durch 10- resp. 20jährige interdictmäßige Ausübung, das Recht, Wasser zu leiten, erworben habe, die actio confessoria utiliter anstellen könne, ohne den Rechtstitel nachweisen zu müssen, und daß diese actio confessoria utilis gegen dieselben Personen, gegen welche die directa angestellt werden könne, wirksam sei. Sehen wir nun auf den Erfolg und die Wirksamkeit dieser actio confessoria utilis, so finden sich hierüber keine besonderen Bestimmungen im Corpus Juris, und deshalb müssen jene ganz eben so wie bei der actio confessoria directa, aber weder größer noch geringer, angenommen werden. Hat daher der Eigenthümer des benutzten Grundstücks nicht die Fehlerhaftigkeit der Ausübung oder die Unrechtmäßigkeit der ausgeübten Servitut nachzuweisen vermocht, so wird dem Petenten die Servitut mit eben

der Wirkung wie bei der actio confessoria directa zugesprochen. [160])

160) Dabelow, welcher, wie im §. 6 gezeigt worden ist, richtig erkannte, daß in den Pandectenstellen, aus welchen die sogenannte praescriptio extraordinaria sive praetoria servitutum von den Rechtslehrern abgeleitet zu werden pflegt, gar nicht eine Ersitzung der Servituten ausgesprochen wird, faßt die Wirkung der actio confessoria utilis falsch auf. Derselbe sagt in seiner Schrift: über die Verjährung Thl. II. §. 109. p. 29 flg.: „Da übrigens diese Verjährung, wenn auch der zehnjährige Besitz und Gebrauch der Dienstbarkeit nachgewiesen ist, und der Gegner nicht sofort darthun kann, daß der Besitz ein fehlerhafter sei, auch dem Inhaber kein Recht zu der Dienstbarkeit zustehe, doch nichts weiter als die Vermuthung für die Existenz der Dienstbarkeit dahin wirkt, daß der Richter eine servitutem putativam vel quasi zuerkennen kann, so folgt, daß der Rechtsstreit, der richterlichen Zuerkennung ungeachtet, immer noch offen bleibt, und der Gegner durch die negatorische Klage in der Folge sich wieder von dieser Servitut befreien kann. Diese Klage kann er so oft wiederholen, als sich neue Thatsachen finden, wodurch die Rechtmäßigkeit der Servitut bestritten werden kann, nur versteht es sich von selbst, daß er wegen der für den Inhaber der Servitut fortdauernd streitenden Vermuthung den Beweis davon übernehmen muß. — Nur der Umstand, daß der Besitz kein fehlerhafter sei, gehört zur ersten Erörterung, und steht demjenigen, der die servitus vel quasi leiden muß, als res judicata entgegen, wenn er denselben wieder von Neuem zur gerichtlichen Discussion bringen will, wogegen der Streit über die Rechtmäßigkeit der Servitut sich fortdauernd zu einer neuen gerichtlichen Untersuchung qualificirt." Die für den Inhaber der Servitut streitende Vermuthung für die Existenz der Dienstbarkeit bewirkt eben, daß in diesem Falle die actio confessoria utiliter ohne Nachweis des Servitutrechts gewährt wird. Wird eine actio Jemand, der sie wegen mangelnder Requisite als directa nicht anstellen kann, als utilis gegeben, so muß die Wirkung der actio selbst, wenn nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt wird, ganz dieselbe sein, wie im Falle der Anwendung der directa. Wie daher bei der actio Publiciana, welche eine vindicatio utilis ist, wenn der Kläger siegt, demselben das Eigenthum an der Sache zugesprochen wird, und der Rechtspunkt eben so wenig wie bei der vindicatio directa wiederholt zum Gegenstand der Erörterung gemacht werden kann, so wird auch demjenigen, der mit der actio confessoria utilis obsiegt, das Servitutrecht zugesprochen, und das letztere kann nur da wiederholt zur Erörterung kommen, wo dies auch bei der actio confessoria directa der Fall wäre. Zu der falschen Auffassung Dabelow's scheint das schon in Anm. 47 erwähnte Mißverständniß desselben von L. 1. §. ult. D. d. aq. et aq. pluv. arc. act (39, 3) beigetragen zu haben.

Ruſtical-Servituten können ſomit auf folgende Weiſe erworben werden:

1) Per pactiones et stipulationes, d. h. durch Formalvertrag.
2) Per adjudicationem in judicio divisorio.
3) Per traditionem, d. h. bei der Uebergabe eines von mehreren demſelben Eigenthümer gehörigen Grundſtücken.
4) Per patientiam, d. h. wenn die einem formloſen Vertrage entſprechende Servitut ohne Widerſpruch des Eigenthümers des benutzten Grundſtücks ausgeübt worden iſt.
5) Durch longa quasi possessio, d. h. wenn Jemand 10 resp. 20 Jahre hindurch eine Wege- oder Waſſer-Servitut interdictmäßig ausgeübt hat, ſo ſtehen ihm alle Rechtsmittel zu, welche eigentlich den Nachweis des Servitutrechts erfordern.

§. 29.

Actio confessoria und negatoria.

Wer auf eine der am Schluß der §§. 16., 19. und 28. angegebenen Arten eine Prädial-Servitut erworben hat, hat zur Geltendmachung derſelben eine actio in rem. Wie bei den Perſonal-Servituten finden wir auch hier verſchiedene Arten dieſer Klagen, und es wird in Betreff der Wirkung und der Form derſelben auf das bei den Perſonal-Servituten Geſagte verwieſen (vgl. §. 13). Darin unterſcheiden ſich jedoch die Prädial-Servituten im Allgemeinen von den Perſonal-Servituten, daß, während bei den letzteren die intentio der actio confessoria, da ſie ſtets auf ein pati gehen, poſitiver Form war, bei den erſteren auch ſolche vorkommen, die auf ein non facere gehen und daher eine negative Faſſung der intentio haben. Die natürliche Folge davon iſt, daß, während bei den Perſonal-Servituten die actio negatoria,

die dem Eigenthümer der benutzten Sache zusteht, stets eine Verneinung eines positiven Factums enthält, bei den Prädial-Servituten die dem Eigenthümer des benutzten Grundstücks zustehende Klage unter Umständen eine Verneinung etwas unterlassen zu müssen enthält und so die Form einer positiven Behauptung annimmt. Es ist in Folge dessen eine Controverse über die Bedeutung der Ausdrücke actio confessoria und negatoria bei Prädial-Servituten entstanden, indem einige Rechtslehrer, abgesehen von der Fassung der intentio, jede Klage, mit der ein behauptetes Servitutrecht geltend gemacht wird, actio confessoria, und jede Klage, mit der ein Eigenthümer eine mit Berufung auf ein zustehendes Servitutrecht erfolgte Beschränkung seines Eigenthumsrechts zurückweist, actio negatoria nennen, Andere dagegen jede Klage mit positiver Intentio als actio confessoria und die mit negativer Intentio als actio negatoria bezeichnen. Ohne auf diese Controverse hier näher eingehen zu wollen, sei nur bemerkt, daß in den vorstehenden Paragraphen die erste Art der Terminologie angewandt worden ist.

§. 30.

Resultat und Schlußbetrachtung.

Somit ergiebt sich für den Erwerb und Schutz der Servituten nach römischem Recht folgendes Resultat.

Im Quasibesitz befindet sich bei den Personal-Servituten derjenige, welcher eine Sache nec vi, nec clam, nec precario ab adversario nomine ususfructus vel usus inne hat (§. 11.), bei den Urban-Servituten, quae in patiendo consistunt, wer die entsprechende Vorrichtung nec vi, nec clam, nec precario angebracht besitzt (§. 14.), bei den Urban-Servituten, quae in non faciendo consistunt, jeder, der den animus servitutis hat, vorausgesetzt, daß die der Servitut widerstreitende Vorrichtung noch nicht ausgeführt worden ist (§. 17.); endlich bei Rustical-Servituten, wer ein Wege- oder Wasserrecht interdictmäßig ausgeübt

hat (§§. 20 — 25.). Es giebt daher im römischen Recht einen Quasibesitz bei allen Personal-Servituten und allen Urban-Servituten, er fehlt dagegen bei allen Rustical-Servituten mit Ausnahme der Wege- und Wasserrechte. Geschützt und erhalten wird der Quasibesitz bei den Personal-Servituten durch die Interdicte: uti possidetis, de precario und de vi, bei den positiven Urban-Servituten durch das interdictum uti possidetis, bei den negativen Urban-Servituten durch die operis novi nuntiatio und die aus derselben hervorgehenden beiden Interdicte: restitutorium und quod vi aut clam, bei den Wege- und Wasser-Servituten durch die speziell für dieselben gegebenen Interdicte. [161])

161) Hiernach entscheidet sich die unter den Rechtslehrern vielfach behandelte und sehr verschieden beantwortete Frage, auf welche Servituten sich der Schutz des interdictum uti possidetis erstreckt. Besonders hervorzuheben ist hier noch die irrthümliche Ansicht von Elvers, welcher, nachdem er erwähnt, daß in den Quellen die Anwendung des interdictum uti possidetis ausdrücklich nur bei den Personal-Servituten genannt werde, sich in Folge der geschilderten falschen Auffassung des Quasibesitzes der Servituten darüber in seiner Servitutlehre §. 83. p. 842 derartig äußert: „Erwägen wir aber, daß erst mit Ulpian die Theorie vom Quasibesitze zum entschiedenen Durchbruch, ja vielleicht erst durch die Aufnahme von Ulpian's Ansichten in das Corpus Juris zur ausschließlichen Herrschaft gelangte, so dürfen wir daraus, daß uns einzelne Consequenzen dieser Theorie noch nicht in den Schriften der Pandectenjuristen entgegentreten, nicht folgern, daß diese Consequenzen um irgend eines Hindernisses willen nicht gezogen werden können, sondern wir müssen berücksichtigen, daß eben Ulpian einer der letzten classischen Juristen ist, daß nach ihm die Triebkraft und Productionsfähigkeit des römischen Rechts zu erlahmen, oder richtiger sich aus dem weiten Organismus, den sie seither ganz durchdrungen hatte, auf einige wenige Triebe zurückzuziehen begann, und daß uns daher in mannigfacher Beziehung die Aufgabe geworden ist, die erst im späteren römischen Recht zur Geltung gelangten Sätze auszubilden und mit dem übrigen Rechte in Harmonie zu setzen. Demgemäß ist es nun auch nicht eine ungerechtfertigte Willkür, sondern es ist nur ein naturgemäßes Fortschreiten auf der von den römischen Juristen bereits betretenen Bahn, wenn wir jeden Servitutenbesitz, sobald er nur die im §. 62. von uns aufgestellten Requisite hat, durch analoge Erweiterung der Interdicte uti possidetis und unde vi geschützt haben wollen. Wie das Institut der Tradition und wie die Publiciana auch zuerst für den Ususfructus ausgebildet und dann erst für die übrigen Servituten erweitert wurde, so ist auch

Die Folgen des Quasibesitzes für den Rechtsstreit sind: bei Personal-Servituten bleibt der Quasibesitzer im Besitz der Sache

---

der Interdictenschutz schon von den römischen Juristen dem Usufruct zugänglich gemacht; der Schritt, den wir daher noch zu thun haben, ist nur ein sehr kleiner. Man darf nun aber unserer Ansicht nach, die hier allerdings die Ansicht aller Autoritäten gegen sich hat, von diesem Fortschritt nicht die Wege- und Wasserleitungs-Servituten ohne Weiteres ausschließen, und sie lediglich auf ihre alten überkommenen Wege- und Wasser-Interdicte, wie wir sie oben §. 79. besprochen haben, beschränken wollen, sondern neben diesen wird jetzt auch noch das interdict. Uti possidetis und Unde vi völlig zulässig sein. Denn wir glauben erwiesen zu haben, daß die interd. de itinere actuque privato, de aqua quotidiana etc. durchaus nicht die Quasipossessio als solche schützen und dieselbe auch gar nicht zu ihrer Voraussetzung haben, und es liegt auf der Hand, wie die possessorischen Interdicte neben jenen noch ein sehr weites Feld der Anwendbarkeit finden, ja wie sie namentlich das Interdict de itinere actuque privato um der strengen Voraussetzung desselben willen in den häufigsten Fällen ganz verdrängen werden" — und fügt a. a. O. in Anm. d eigenthümlicher Weise hinzu: „Wir müssen allerdings zugestehen, daß sich Ulpian dessen kaum bewußt gewesen sein wird, als er die Theorie dieses Interdictes (de itinere actuque privato) so sorgfältig darstellte." — Eine solche Ausdehnung des interd. uti possidetis kann trotz der von Elvers dagegen eingelegten Verwahrung nur eine ungerechtfertigte Willkür genannt werden. Sieht man auch von der falschen Vorstellung des Quasibesitzes und dessen historischer Entwicklung ab, und folgt dem Gedankengange von Elvers, wonach die Theorie vom Quasibesitz erst durch Ulpian zum Durchbruch gekommen und daher im römischen Recht nicht vollendet ist, vielmehr erst durch die jetzigen Rechtslehrer weiter entwickelt werden muß, so ist die Ausdehnung des interd. uti possidetis auf alle Servituten, mithin auch auf die Rustical-Servituten, doch nicht eine Fortentwicklung, sondern vielmehr eine vollständige Corrumpirung des im Corpus Juris hingestellten Prinzips. Das Feld für die Fortentwicklung des römischen Servitutenrechts, von der Elvers spricht, ist bei den Rustical-Servituten zu suchen, welche mit der Oertlichkeit und der Individualität des Volkes auf das Engste verbunden sind, und daher in den verschiedenen Gegenden und bei den einzelnen Völkern sich verschiedenartig gestalten werden. Es werden daher die für die einzelnen Rustical-Servituten aufgestellten Interdicte, welche offenbar dem Bedürfniß des damaligen Verkehrs entsprechend gebildet sind, den heutigen Lebensverhältnissen gemäß in Betreff der Requisite zu verändern sein, oder auch ganz aufzuheben und statt ihrer neue einzuführen sein, sobald Servituten, welche früher wegen ihrer Wichtigkeit durch Interdicte geschützt waren, diese ihre Bedeutung für unsere Zeit verloren haben, und an ihre Stelle andere getreten sind, welche im alten römischen Recht,

und ist von jeder Beweislast befreit, bis der Gegner sein Eigenthumsrecht an der Sache nachgewiesen hat; ist das letztere erfolgt, so muß er die Sache gegen eine Caution herausgeben und kann sie nur dann auch noch fernerhin bis zum Ende des Rechtsstreits behalten, wenn der Gegner keine Caution bestellen kann oder will, auf jeden Fall liegt ihm aber der Nachweis des Servitutrechts ob. Ganz entsprechend wie bei den Personal-Servituten zeigt sich die Wirkung des Quasibesitzes bei den Wege- und Wasser-Servituten. Wer eine solche interdictmäßig ausgeübt hat, kann, wenn ihm das Recht hierzu bestritten wird, auch fernerhin so lange in der Ausübung fortfahren, bis der Gegner bewiesen hat, daß er der Eigenthümer der benutzten Sache sei, und sogar verlangen, daß ihm zur Sicherung gegen eine Störung in dieser Ausübung von Seiten des Gegners Caution bestellt wird. Ist aber der Beweis des Eigenthums geführt, so muß der bisherige Quasibesitzer sich bis zur Entscheidung des Rechtspunkts der Ausübung enthalten, dafür, daß dies geschieht, Caution bestellen und den Nachweis des von ihm beanspruchten Rechts führen. Nur wenn er sich 10 resp. 20 Jahre hindurch im Quasibesitze befunden hat, wird er von der Beweislast über die Zuständigkeit der Servitut befreit und dem Gegner fällt der Nachweis der Unrechtmäßigkeit zur Last. Bei den positiven Urban-Servituten ist der Quasibesitzer während des Prozesses zur Beibehaltung der Vorrichtung berechtigt und von dem Nachweise des Rechts befreit. Bei den negativen Urban-Servituten ist der Quasibesitzer berechtigt, den Gegner an der Vornahme der der Servitut zuwiderlaufenden Handlungen zu verhindern oder die Bestellung einer Caution zu seiner Sicherheit zu verlangen, muß aber stets den Beweis seines Servitutrechts führen, wovon er bei der servitus ne luminibus officiatur nur dann befreit ist, wenn er sich 10 resp. 20 Jahre lang im Quasibesitze befunden hat.

---

weil sie entweder ganz unbekannt oder von geringerem Einfluß waren, nicht durch besondere Interdicte geschützt waren.

Erworben werden ſämmtliche Servituten durch adjudicatio in judicio divisorio und per pactiones et stipulationes, d. h. durch Formalvertrag. Ohne den letzteren ſchon nudo pacto erwirbt man Perſonal-Servituten per traditionem, d. h. wenn die Sache ſelbſt übergeben wird, alle Prädial-Servituten per traditionem, d. h. wenn von mehreren demſelben Eigenthümer gehörigen Grundſtücken ein Theil veräußert, und bei der Uebergabe derſelben ein beſtimmtes Dienſtbarkeitsverhältniß zwiſchen den veräußerten und den zurückbehaltenen ausgeſprochen wird, poſitive Urban- und Ruſtical-Servituten per patientiam, d. h. wenn ohne Einſpruch des anderen Contrahenten diejenige Vorrichtung angebracht oder diejenige Handlung unternommen worden iſt, welche der in dem formloſen Vertrage enthaltenen Servitut entſpricht. Endlich erlangt man per longi temporis consuetudinem oder longam quasi possessionem, d. h. durch 10- resp. 20jährigen Quaſibeſitz der servitus ne luminibus officiatur und der Wege- und Waſſer-Servituten die Berechtigung, diejenigen Rechtsmittel, welche eigentlich Nachweis des Servitutrechts erfordern, auch ohne dieſen anzuſtellen. Eine Erſitzung, das heißt erwerbende Verjährung der Servituten giebt es im römiſch-juſtinianiſchen Rechte nicht.

Quellen-Regiſter.

I. Vorjuſtinianiſche Rechtsquellen.

Gaji Institutiones.

Seite

Lib. II. §. 12. 75
Lib. II. §. 28. 77
Lib. II. §. 29. 77
Lib. II. §. 30. 77
Lib. II. §. 31. 77
Lib. II. §. 33. 77

Fragmenta juris Romani Vaticana.

§. 47. 77

Pauli sententiae receptae.

Lib. I. Tit. 17. §. 2. . . . . (Anm. 25.) 13

II. Juſtinianiſche Rechtsquellen.

A. Inſtitutionen.

Lib. II. Tit. 3. d. serv. praed.
§. 4. 78
Lib. II. Tit. 4. d. usufr.
§. 1. 78

B. Pandecten.

Lib. VI. Tit. 1. d. rei vind.
L. 9. 102
Lib. VI. Tit. 2. d. Publ. in rem act.
L. 11. §. 1. 192

Seite

Lib. VII. Tit. 1. d. usufr.
L. 1. 76
L. 2. 76
L. 3. 78
L. 6. §. 1. 94
L. 25. §. 7. . . . . 82. 127
L. 60. §. 1. 117
Lib. VII. Tit. 4. quib. mod. usufr. vel usus amitt.
L. 1. pr. 126
L. 19. 76
Lib. VII. Tit. 6. si usufr. pet. vel ad alium pertin. neg.
L. 3. 126
L. 5. pr. 117. 130
L. 5. §. 1. 131
L. 5. §§. 3—6. 132
Lib. VIII. Tit. 1. d. servitutibus.
L. 1. 76
L. 3. 133
L. 5. pr. 78
L. 14. pr. 11. 155. 170
L. 15. §. 1. . . . . 76. 155
L. 20. . . . . 172. 189
Lib. VIII. Tit. 2. d. serv. praed. urban.
L. 9. 168
L. 11. pr. 168
L. 14. 168
L. 15. 157
L. 20. pr. 133
L. 23. §. 1. 89
L. 28. . . . . 23. 42
L. 32. §. 1. . . . . 95. 134
L. 34. 148
L. 35. 148
Lib. VIII. Tit. 3. d. serv. praed. rust.
L. 1. §. 2. 192
L. 10. 89
L. 32. 187
L. 33. pr. 188
L. 36. 79
Lib. VIII. Tit. 4. comm. praed. tam urb. quam. rust.
L. 1. §. 1. 15
L. 3. 187

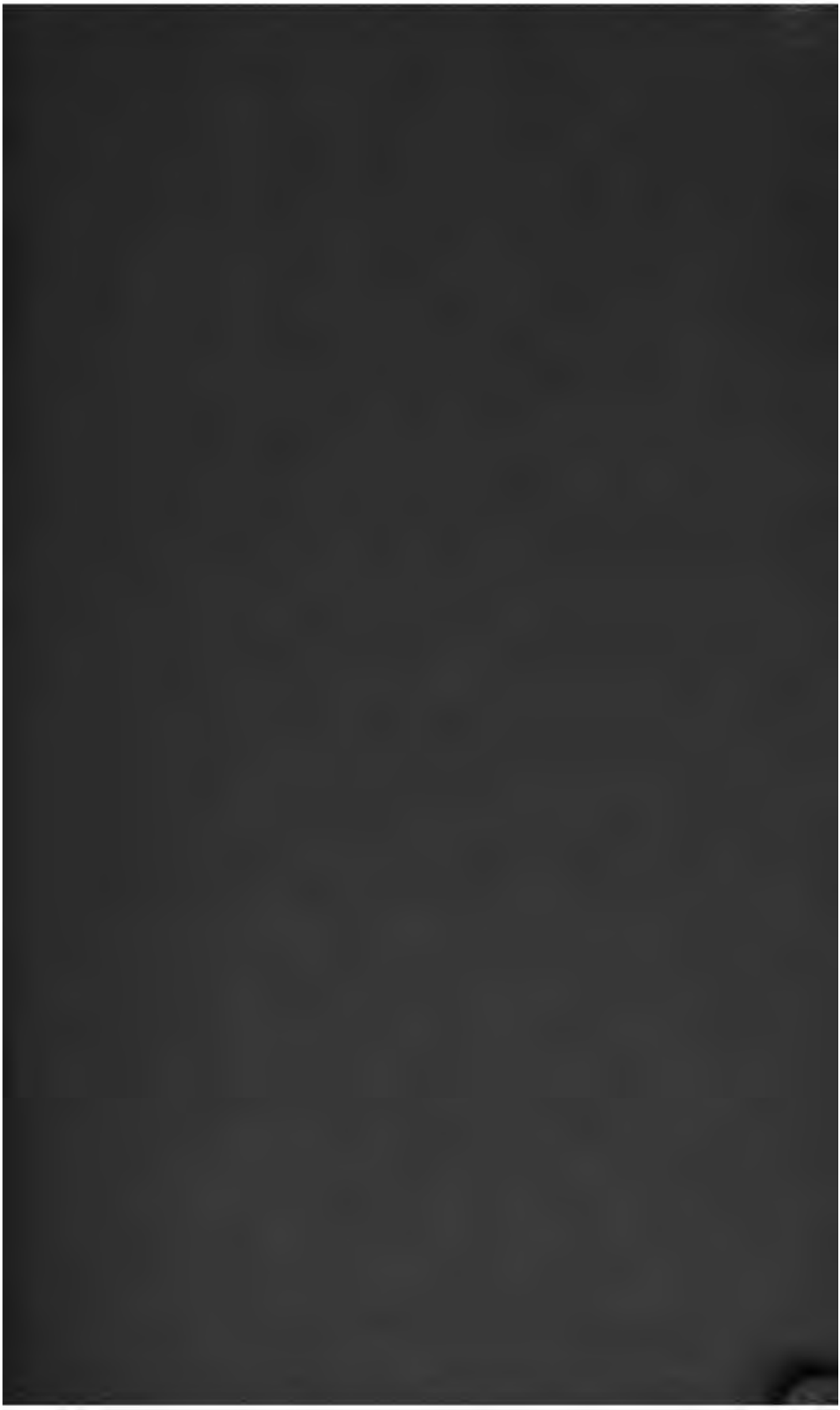
Seite

L. 6. pr. 148. 150
L. 6. §§. 1., 2. u. 3. 149
L. 7. pr. 150
L. 8. 151
Lib. VIII. Tit. 5. si serv. vind.
L. 4. §. 5. 195
L. 6. §. 1. . . . . 160. 165
L. 8. §. 3. 140
L. 10. . . . . 22. 29. 196
L. 16. 153
Lib. VIII. Tit. 6. quemadm. serv. amitt.
L. 25. . . . . 23. 42. 175
Lib. IX. Tit. 2. Ad leg. Aquiliam.
L. 29. §. 1. 135
Lib. X. Tit. 2. Famil. hercisc.
L. 22. §. 3. 94
Lib. X. Tit. 3. communi dividundo.
L. 6. §. 10. 94
Lib. XIX. Tit. 1. d. act. emt. et vend.
L. 3. §. 2. . . . . 79. 189
Lib. XXII. Tit. 3. d. prob. et praesumt.
L. 21. 101
L. 28. 52
Lib. XXXIX. Tit. 1. d. oper. novi nunt.
L. 5. §. 10. 156
L. 15. 162
L. 20. pr. 158
L. 20. §. 1. 159
Lib. XXXIX. Tit. 2. d. damn. inf.
L. 45. 162
Lib. XXXIX. Tit. 3. d. aq. et aq. pluv. arcend.
L. 1. §. ult. 22. 32. 143
L. 2. §. 8. 52
L. 26. . . . . 22. 38. 53
Lib. XXXIX. Tit. 5. d. donat.
L. 27. 110
Lib. XLI. Tit. 1. d. acquir. rer. dom.
L. 10. §. 5. . . . . 108. 129
L. 43. §. 1. 96
Lib. XLI. Tit. 2. d. acq. vel amitt. poss.
L. 3. pr. 95
L. 12. pr. 109
L. 22. 30

Seite

Lib. XLI. Tit. 3. d. usurp. et usucap.
L. 4. §. 27. . . . . 95. 171
L. 4. §. 29. . . . . 10. 129. 155
L. 10. §. 1. 14
L. 31. §. 4. 30
Lib. XLIII. Tit. 16. d. vi et d. vi armata.
L. 3. §§. 13—17. 109
L. 9. §. 1. 110
Lib. XLIII. Tit. 17. Uti possidetis.
L. 1. §. 3. 101
L. 3. §. 5. 137
L. 3. §. 6. . . . . 136. 137
L. ult. 114
Lib. XLIII. Tit. 19. d. itin. actuque priv.
L. 1. pr. 173
L. 3. §. 11. . . . . 24. 193
L. 3. §. 13. 193
L. 5. §. 3. . . . . 22. 26. 194
Lib. XLIII. Tit. 20. d. aq. quot. et aest.
Im Allgemeinen . . . . . 177 flg.
L. 3. §. 4. 45
L. 7. 185
Lib. XLIII. Tit. 21. de rivis 181
Lib. XLIII. Tit. 22. de fonte 183
Lib. XLIII. Tit. 24. quod vi aut clam.
L. 7. §. 2. 159
Lib. XLIII. Tit. 26. d. precario.
L. 2. §. 3. 123
Lib. XLIV. Tit. 7. d. obligat. et act.
L. 3. pr. 83

C. Codex.

Lib. 2. Tit. 3. d. pact. L. 20. 85
Lib. III. Tit. 34. d. serv. et aqua.
L. 1. . . . . 23. 38. 167
L. 2. . . . . 23. 40
Lib. VII. Tit. 33. d. praescript. long. temp.
L. 12. 43

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin.